المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد

الدكتور
مصطفى إبراهيم الزلمي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

الطبعة الأولى ٢٠١٤

المدخل
لدراسة الشريعة الإسلامية
في نمط جديد

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية
في نمط جديد

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ١٢٠- ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-023-9
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ
طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ
وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓا۟
إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾

سورة التوبة/١٢٢

(مَنْ يُرِدْ اللّٰهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ
فِي الدِّينِ)

رواه البخاري

الفهرس

المقدمة

أ- الأسباب الموجبة لتقديم هذا الجهد المتواضع لطلبتنا الأعزاء في كليات القانون وكليات الشريعة، هي الآتية:-

١. عدم وجود مصنّف في هذه المادة يتسم بالشمولية لأبواب الفقه الإسلامي بحيث يكون واضحا وافيا بالمطلوب بعيدا عن التطويل المملّ والايجاز المخلّ.

٢. تغيير النمط التقليدي في النقل والعرض والأمثلة البالية التي لم تبق لها الفائدة العملية في القرن الحادي والعشرين في عصر الكومبيوتر والانترنيت والتقدم العلمي والتطور في جميع مجالات الحياة.

٣. تضييق شقة الخلاف بين الشريعة التي كانت القانون الوحيد للعالم الإسلامي في وقت كان كثير من الشعوب يحكمها قانون الغاب وبين القانون الذي حل محلها بسبب جمود عقول المسلمين وتوقف الاجتهاد.

٤. تفهيم طلبة القانون بأن الشريعة الإسلامية ليست مجرد طقوس وشعائر دينية بل هي دين ونظام وقانون، وإشعار طلبة الشريعة بأن القانون ليس عدواً للشريعة بل يتفق معها ١٠٠٪ في تنظيم الاسرة، و٩٠٪ في المعاملات المالية و٧٠٪ في مكافحة الاجرام تقريبا، والشريعة والقانون صنوان كل منهما يكمل الثاني ولم يفرّق بينهما سوى جهل الإنسان.

٥. استبعاد إثارة الخلافات التي كانت في وقتها رحمة ونعمة لهذه الأمة، لأنها إستهدفت الوصول الى ما فيه مصلحة الفرد والمجتمع لكن اليوم اصبحت وسيلة للتمزق وسلاحا يشهره المتعصّبون في كل مذهب ضد نظيره في مذهب آخر، كأن كل واحد منهما من دين يختلف عن الآخر.

٦. التمييز بين الشريعة بمعناها الأخص والخاص والعام من الفقه الإسلامي من جهة، وبينهما وبين القانون من جهة أخرى.

ب- تعريف المدخل:- المدخل مصدر دخل ضد خرج، أو اسم مكان بمعنى الممر للدخول في الدار. وسميت هذه المادة مدخلا لانها عبارة عن حجم مصغر لأهمّ أحكام الشريعة ذات الصلة المباشرة بالأحكام القانونية من حيث تنظيم الحياة وعن طريقها يدخل القارئ في التفصيلات، فهو بمثابة خارطة يستهدي بها الطالب للوصول الى أهداف علمية معيّنة بجملة تبني عليها الدراسة التفصيلية في المستقبل.

جـ- ساهمت في معالجة هذا الموضوع تحت نفس العنوان في مؤلفين[1] سابقين قبل زهاء ربع قرن غير أن العلاج جاء معيبا شأنه شأن أي مؤلف يشارك في إعداده أكثرمن واحد ومن تلك العيوب إهمال ما هو الأهم والاهتمام بغير المهم بالاضافة الى الحشو والقصور في أكثر الموضوعات.

د- أحاول بتوفيق من الله عزوجل في هذا المؤلف الجديد أن أتناول دراسة الموضوع على نمط جديد يتلاءم مع المعرفة الحديثة المتطورة منسجما مع ما عالجته القوانين الوضعية في العهد الحديث بقسميها العام والخاص باسلوب متسلسل تسلسلا يجعل سابقه مقدمة لدراسة لاحقه، ولاحقه مكملا لسابقه بعيدا عن الايجاز المخل والتطويل الممل، مستعينا في القيام بهذا الجهد المتواضع بالله العلي العليم القدير.

هـ - خطة دراسة للموضوع من الناحية الشكلية:- طبيعة الموضوع من حيث الشمولية لأهم موضوعات الشريعة الإسلامية تتطلب توزيع دراسته على أحد عشر فصلا كالآتي:-

الفصل الأول : الشريعة

الفصل الثاني : الحكم الشرعي

الفصل الثالث : المصادر الكاشفة للأحكام الشرعية.

الفصل الرابع : الفقه. الفقهاء. الاجتهاد. التقليد.

الفصل الخامس : فلسفة العبادات في الإسلام.

---

[1] وجدير بالذكر ان جميع ما أنقله من المؤلفين السابقين لادخاله في هذا الكتاب الجديد هو من كتابتي الخاصة وأستبعد نقل ماكتبه زملائي فيهما حفاظا على الامانة العلمية لانني لست ممن ينقل كلام الغير وينسبه الى نفسه.

الفصل السادس : المعاملات المالية.

الفصل السابع : شؤون الاسرة (الاحوال الشخصية).

الفصل الثامن : الجرائم والعقوبات.

الفصل التاسع : العلاقات التي تخضع للقانون العام.

الفصل العاشر : القضاء ووسائل الاثبات.

الفصل الحادي عشر : شرح النماذج.



الفصل الأول
الشريعة

الشريعة:

لغة لها عدّة معان، أقربها إلى المعنى الاصطلاحي: الطريقة المستقيمة.

وفي الاصطلاح تستعمل لثلاثة معان: المعنى الأخص، والمعنى الخاص، والمعنى العام.

اولا: المعنى الأخص

استعمل القرآن هذا المصطلح بتعبير (شرعة) لما يقابل الدين في الشرائع الإلهية فقال: ﴿...لِكُلّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً...﴾[1].

وقال في مقابلها: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ...﴾[2].

وبناءً على ذلك فإنّ الشريعة في كل رسالة سماوية عبارة عن الأحكام الشرعية المنصوص عليها في هذه الرسالة وظيفتها تنظيم الحياة الدنيوية للإنسان. والدين عبارة عن الأحكام الشرعية التي تنظم كل مايتعلق بحياة الآخرة من الايمان بالله ومايتفرع عنه من المعتقدات والمغيبات، فالدين مشترك بين جميع الشرائع، والشريعة تختلف من أمة إلى أخرى، والقرآن هو الدستور المعدّل لجميع الدساتير الالهية السابقة، فما أقرّه فهو جزء من شريعتنا.

---

(1) سورة المائدة (٤٨).

(2) سورة الشورى(١٣).

ثانيا: المعنى الخاص

فالشريعة بمعناها الخاص عبارة عن نصوص آيات القرآن الكريم والسنة النبوية التي تتضمن كافة أقسام الأحكام الشرعية، كما ان القانون يطلق على النصوص المدونة في كل فرع من فروعه.

ثالثاً: الشريعة بمعناها العام

عبارة عن جميع الأحكام الشرعية التي مصدرها القرآن والسنة والمصادر الكاشفة (التبعيّة) كالقياس والعرف وغيرهما. وهي بهذا المعنى تشمل الفقه الإسلامي كما يستعملها بهذا المعنى كثير من الباحثين بعد ان حصل الخلط بين الشريعة الإسلامية التى مصدرها الوحي، وبين الفقه الإسلامى الّذي هو عبارة عن شروح الشريعة بمعناها الخاص، وعن الآراء الاجتهادية التي تتغيّر بتغيّر الزمان وتطور مصالح الإنسان، وتحتمل الخطأ والصواب.

الفقه:

هو لغةً: فهم الشيء والعلم به مطلقاً، أو على وجه الدقة. وفي الاصطلاح: عرّفه علماء الأصول والباحثون بأنه علمٌ بالأحكام الشرعية الفرعية العملية المكتسبة من أدلّتها التفصيلية. وفي رأينا المتواضع ان في هذا التعريف خلطاً بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، فالفقه ليس العلم بالأحكام، وإنّما هو نفس الأحكام، فالعلم صورة الشيء عند العقل (أو الذهن[١]). والفقه موجود خارج الذهن، علم به الإنسان أو لا، والعلم ضروري للعمل به. فالفقه في الأحكام التكليفية هو الوجوب والندب، والحرمة والكراهة والإباحة، وفي الأحكام الوضعية، السببية والشرطية والمانعية، والصحة والبطلان، كما يأتي بيانها.

---

[١] البرهان للكلنبوي، للشيخ إسماعيل بن مصطفى، ص١١.

القانون الوضعي :

عبارة عن مجموعة من القواعد العامة المدوّنة، وهي تنظّم العلاقات والسلوك في كل مجتمع. والقاعدة القانونية مجردة[1] عامة[2] ملزِمة ملتزِمة بالجزاء لمن يخالفها.

ولكل دولة قانونها الخاص، وهناك مجموعة قواعد مشتركة بين جميع الدول تسمّى القانون الدولي، وقد سبق أن ذكرنا أنّ الشريعة بمعناها الخاص: نصوص القرآن والسنة النبوية، لذا تُقسّم دراسة الموضوع الى مبحثين، يخصص الأوّل للتعريف بالقرآن الكريم، والثاني للسنة النبوية.

---

(١) اي لاينظر حين تشريعها الى اشخاص معينين او فئات خاصة ولا الى مراكزهم السياسية والادارية والاجتماعية.

(٢) أي تطبق بالمساواة على جميع افراد المجتمع بدون تمييز او استثناء، إلاّ من استثناهم القانون بنصّ خاص.

المبحث الأول
القرآن الكريم

وتقسم دراسة الموضوع الى ثلاثة مطالب:

- يتناول الأوّل التعريف بالقرآن
- والثاني للصّلة بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي
- والثالث للقانون وصلته بالشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي.

المطلب الاول
التعريف بالقرآن الكريم

كما أنّ لكل دولة في العالم دستوراً يتضمن المبادىء العامّة والقواعد الكلية ويخول السلطة التشريعية تشريع القانون في كل شأن من شؤون الحياة على ان لا يتعارض هذا القانون أو جزء منه، مع هذا الدستور. كذلك القرآن هو الدستور الإلهي الخالد الأخير للمجتمع البشري بأسره المعدّل للشرائع والدساتير الإلهية السابقة، فيتضمن أمهات أحكامها، مع اضافات جديدة لم تكن موجودة فيها.

اقتصر القرآن على الأسس العامة والقواعد الكلية التي لاتتغير بتغيّر الزمان والمكان وتطور الحياة، وترك التفصيلات والجزئيات التي تتغير بتغيّر الزمان للعقل البشري وصنع دائرة من الأخلاق وأمر عقل الإنسان في اكثر من خمسين آية قرآنية بالتحرك وإرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات في ضوء متطلبات الحياة ومستلزماتها، على أن يكون هذا التحرك داخل الدائرة المكونة من الأخلاق.

أقسام أحكام القرآن

المعروف بين الناس ان أحكام القرآن ثلاثة أقسام، وهي: الأحكام الاعتقادية والأحكام الخُلُقية والأحكام العملية.

وهذا التقسيم -في رأينا المتواضع- خاطيء، لأنّ القرآن كلّه أحكام، فقصص الأمم السابقة أحكام وليست تاريخاً، والآيات الكونية أحكام، والقرآن لم يقسّم إلى ابواب وفصول ومباحث يتناول كل واحد منها موضوعاً معيّناً، بل كل صحيفة من القرآن بمثابة مخزن فيه جميع الحاجات البشرية الدينية والدنيوية، وانبثاقاً من هذا الواقع، تقسّم أحكام القرآن من حيث طبيعتها إلى خمسة أقسام:

١- **الأحكام الاعتقادية**: وهي تتعلق بالإيمان بالله ومايتفرع عنه من سائر المعتقدات، وهذا النوع من الأحكام هو أساس للأربعة الأخرى.

٢- **الأحكام الخُلقية**: وهي تتعلق بما ينبغي ان يكون عليه الإنسان من التحلّي بالفضيلة والتخلّي عن الرذيلة، لأن الأمم أخلاق ان ذهبت ذهبوا.

٣-**الأحكام العِبَرية**: وهي الأحكام التي تدل عليها الآيات التي تبحث عن شؤون الأمم السابقة وماعملوه من خير أو شرّ، حتى نقتدي بهم في خيرهم، ونأخذ العبرة من مصيرهم المظلم نتيجة أعمالهم الشريرة، كما قال تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ فِي قَصَصِهِمْ عِبْرَةٌ لِّأُوْلِي الأَلْبَابِ﴾[1].

٤- **الأحكام الكونية**: وهي التي تتعلق بضرورة تفكر الإنسان في هذا الكون وما فيه من الكائنات الحية والجمادات المسخّرة للإنسان لأجل تحقيق غايتين:

إحداهما: تقوية الإيمان بالله

والثانية: استثمار خيرات الأرض والبحار والانتفاع باكتشافات الفضاء.

فقال سبحانه في استثمار الأرض: ﴿وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزَّبُورِ مِن بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ[2]﴾. والمراد بالصالح في هذه الآية هومن تتوفر فيه أهلية استثمارخيرات الأرض التي لكل إنسان نصيب فيها، يجب ان لا ينساه ولا يُهمله، كما قال تعالى: ﴿...وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِن كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ...﴾[3].

---

[1] سورة يوسف (١١١).

[2] سورة الانبياء (١٠٥).

[3] سورة القصص(٧٧).

وقال في مايتعلق بغزو الفضاء: ﴿يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنسِ إِنِ اسْتَطَعْتُمْ أَن تَنفُذُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ فَانفُذُوا لَا تَنفُذُونَ إِلَّا بِسُلْطَانٍ[١]﴾ والسلطان في هذه الآية هو العلم، ولو عمل المسلمون بالأحكام الكونية، لكانت المركبة التي نزلت على سطح المريخ مركبة إسلامية لا أمريكية، لأنه حين نزلت هذه الآية كانت (أمريكا تعيش عيشة الوحوش يحكمها قانون الغاب). ولكن المسلمين لم يعملوا في القرآن إلا بالأحكام العملية التي لاتتجاوز ٥٪ من أحكام القرآن. وبقية الأحكام مهملة ومتروكة أو نقرأها على الأموات في المقابر، وكأن القرآن جاء للأموات دون الأحياء.!!

ولو عمل المسلمون بقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدْوَّ اللّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِن دُونِهِمْ...[٢]﴾ لما أصبح أكثر من ثلث سكان الأرض من المسلمين كرة لعب تلعب بها الدول الكبرى لتحقيق مآربها، وليس المراد بالإرهاب في هذه الآية الاعتداء والتجاوز على حقوق الغير، كما يزعم الأعداء، وإنّما المراد التخويف ودفع خطر العدو بالطرق الوقائية وهي القوة والاستعداد عدداً وعدةً لمقاومته لأن العدو إذا علم ان الطرف الآخر يملك ما يملكه من القوة أو يزيد، فإنّه لا يجرأ على الإقدام على الاعتداء عليه. وعلى سبيل المثل: الكيان الصهيوني، فإن تعامله مع المسلمين وبوجه خاص مع العرب، تعامل غير قانوني، ومخالف لميثاق الأمم المتحدة والأعراف الدولية، لأنه يرى نفسه في موقف القوة ويرى العرب والمسلمين في موقف الضعف، لأنهم لا يملكون ما يملكه من قوة، وهذا الضعف جاءمن إهمال أمرالله ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ﴾.

٥- **الأحكام العملية**: وهي التي تنظّم علاقات الناس مع ربهم وعلاقات بعضهم مع بعض وهي سبعة أنواع:

---

[١] سورة الرحمن (٣٣).

[٢] سورة الانفال(٦٠).

النوع الأول: أحكام العبادات، وهي التي تنظّم علاقة الإنسان بربه لاكتساب طاقة روحية تراقب العامل في معمله، والزارع في مزرعته، والمعلّم في مدرسته، والموظّف في مقر عمله، والجندي في ساحة المعركة، والأم في بيتها، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها، وليس للانسان سلطة في تغييرها او تعديلها.

النوع الثاني: أحكام الأسرة وتناولها القرآن بشيء من التفصيل، لأن الأسرة نواة المجتمع إذا صلحت صلح المجتمع وعمّ الخير وزادت الفضيلة وإذا فسدت فسد المجتمع وعمّت الفوضى وسادت الرذيلة، ومجال اجتهاد الإنسان فيها قليل.

النوع الثالث: أحكام المعاملات المالية، تناول القرآن أهم الأحكام والعناصر التي لا تتغير بتغيّر الزمان والمكان كالتراضي والوفاء بالعقود وأداء الأمانات ونحوها، وترك بقية التنظيمات المالية للعقل البشري في ضوء مستلزمات الحياة شريطة ان يكون ذلك ضمن دائرة الأخلاق.

النوع الرابع: أحكام المالية العامة، اقتصر القرآن على بعض موارد ومصارف المالية العامة كالمعادن، وترك التفصيلات للعقل البشري.

النوع الخامس: الأحكام الدستورية، اقتصر القرآن على الركائز الأساسية في كل نظام دستوري، وهي العمل بمبدأ الشورى ورعاية العدالة لتحقيق المساواة في الحقوق والالتزامات واحترام النظام الذي سماه القرآن طاعة ولى الأمر، أي إطاعة النظام الذي يمثله ولي الأمر. قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً[1]﴾، إطاعة الله تكون عملا بأوامره واجتناب نواهيه، واطاعه الرسول تكون بالعمل بمقتضى سنته القولية والفعلية والتقريرية بصفته رسولاً ومبلّغاً للوحي الالهي، لا بصفته انساناً اعتيادياً.

---

[1] سورة النساء (٥٩).

النوع السادس: أحكام العلاقات الدولية، وبنى القرآن الكريم العلاقات بين الشعوب والأمم على ستة أسس:

الأساس الأول: وحدة النسب، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ...[1]﴾. فالأسرة البشرية إخوة وأخوات، وشيمة الأخوة هي التكافل والتكاتف والتعاون والتضامن.

الأساس الثاني، وحدة المعدن، فكل إنسان خلق ويخلق من معدن واحد وهو التراب لأنه يتكون من عنصرين: حيمن الذكر وبويضة الأنثى، وهما مكوّنان من المواد الغذائية المكونة من التراب، فالإنسان مخلوق من تراب بصورة غير مباشرة كما ان أبانا آدم (عليه السلام) خلق منه بصورة مباشرة قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنتُم بَشَرٌ تَنتَشِرُونَ[2]﴾ وقد أكّد الرسول العظيم(ﷺ) هذين الأساسين في قوله: (كلكم من آدم وآدم من تراب).

الأساس الثالث: وحدة الصانع، وهو الله الواحد الأحد الخالق الذي لاشريك له فليس البعض من صانع، والبعض من صانع آخر، حتى يكون هناك مجال للمفاضلة، قال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ[3]﴾

الأساس الرابع: وحدة المصالح، يقول سبحانه: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ[4]﴾ والرحمة في هذه الآية هي المصلحة الإيجابية (المنفعة المستجلبة) والسلبية (المضرة المستدرأة)سواءً كانت مادية أو معنوية دنيوية أو أخروية.

---

[1] سورة الحجرات (١٣).

[2] سورة الروم (٢٠).

[3] سورة البقرة (٢١).

[4] سورة الأنبياء (١٠٧).

الأساس الخامس: المساواة في استثمار خيرات الأرض والانتفاع بها دون تمييز بين القويّ والضعيف، والصالح من الإنسان هو الذي يحسن استثمار خيرات الأرض كما قال سبحانه: ﴿وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزَّبُورِ مِن بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ[١]﴾ وأنّ الارض وما خلق في ظاهرها أو باطنها من الموجودات التي من شأنها ان ينتفع بها الإنسان في حياته، مشتركة ومباحة للجميع بدون تمييز او تفاوت، كما قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً...[٢]﴾.

الأساس السادس: وحدة المصير، من حيث الحياة والممات والمحاسبة والجزاء خيرا او شرا قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نُحْيِي وَنُمِيتُ وَإِلَيْنَا الْمَصِيرُ[٣]﴾، ويقول: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ، وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَهُ[٤]﴾.

فهذه الأسس الستة تدل دلالة قطعية على أن الأصل في الإسلام هو السلم، والحرب استثناء للدفاع الشرعي فقط وان الإسلام ليس دين الإرهاب كما يزعم الأعداء.

النوع السابع: الجرائم والعقوبات: فالقرآن نص على جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وعقوباتها، لخطورتها على المجتمع، وترك للسلطة التشريعية الزمنية صلاحية استحداث الجرائم بالعقوبات بحسب متطلبات الحياة، وتسمى الجرائم والعقوبات التعزيرية.

ونستنتج من هذا العرض الموجز، أنّ حصر تدريس الشريعة الإسلامية في القانون الخاص في الجامعات العراقية خطأ لايغتفر وان الله سوف يحاسب المسؤولين في هذه الجامعات وبوجه خاص في كليات القانون حساباً عسيراً على إهمالهم لدراسة الشريعة الإسلامية بقواعدها العامة وتفصيلاتها في الفقه الإسلامي التي تناولت جميع فروع القانون الوضعي مع زيادة وهي تنظيم علاقة الإنسان مع ربه في العبادات.

---

[١] سورة الانبياء.(١٠٥)

[٢] سورة البقرة (٢٩)

[٣] سورة ق (٤٣).

[٤] سورة الزلزلة (٧-٨).

المطلب الثاني
الفقه الإسلامي وصلته بالشريعة

الفقه الإسلامي -كما ذكرنا- هو: الأحكام الشرعية العملية الفرعية المستنبطة من أدلتها التفصيلية، وهو من حيث المصدر ثلاثة أنواع:

١- فقه القرآن، وهو ما استنبط من الآيات القرآنية بصورة مباشرة.

٢- فقه السنة، وهو ما استخرج من السنة النبوية مباشرة.

٣- فقه الاجتهاد، وهو ما استنبط من القرآن والسنة بصورة غير مباشرة أي عن طريق المصادر الكاشفة التي سُمّيت المصادر التبعية، كالاجماع والقياس والعرف والمصلحة وسائر المصادر الكاشفة التي يأتي بيانها،[1] أو من نصوص دالة عليه دلالة ظنية.

وتسمية هذه المصادر الكاشفة مصادر الفقه الإسلامي، تسمية مجازية، لأنها وسائل لإرجاع الجزئيات إلى كليات الشريعة، فهي مصادر كاشفة وليست مُوجِدة، فالخلاف في حجيتها لفظي[2] عند ذوي العقول السليمة.

النسبة بين الشريعة والفقه بحسب التحقق:

١- النسبة بين الشريعة وفقه القرآن والسنة بحسب التحقق عموم وخصوص مطلق إذا كان الفقه مدلولاً عليه دلالة قطعية[3]. فكلما تحقق هذا الفقه تحققت الشريعة لأنه لازم خاص لها وهو لايتحقق بدون ملزومه. فكلما تحقق هذا الفقه تحققت الشريعة، لأنه لازم خاص لها، وهو لا يتحقق بدون ملزومه.

---

[1] وهي قول الصحابي وسد الذرائع، والاستحسان، والاستصحاب.

[2] لأنها ليست حجة من حيث كونها مصادر موجدة، وحجة من حيث أنها مصادر كاشفة.

[3] كوجوب نصف تركة الزوجة للمتوفاة لزوجها إذا لم يكن لها ولد لا منه ولامن زوج آخر، لقوله تعالى: (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ) وهو يدل عليه دلالة قطعية.

لكن قد تتحقق الشريعة في غير الأحكام الشرعية العملية ولايتحقق الفقه معها كما في الأحكام الاعتقادية.

٢- النسبة بين الشريعة والفقه الاجتهادي عموم وخصوص من وجه، وهما يلتقيان إذا كان الحكم الاجتهادي الذي وصل اليه المجتهد حكم الله، بأن كان مصيباً، وتتحقق الشريعة بدون الفقه في الأحكام غير العملية كالأحكام الاعتقادية والكونية والعبرية.

ويتحقق الفقه بدون الشريعة إذا كان الحكم المكتشف غير حكم الله بأن يكون المجتهد مخطئاً.

ومن الواضح إن كل مجتهد أيا كان مركزه العلمي كما يصيب فقد يخطئ. في اكتشاف حكم الله وذلك طبقاً لقول الرسول(ﷺ) (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران فإذا حكم واجتهد وأخطأ فله أجر[1]).

المراد بالحاكم هنا المجتهد، أي إذا أراد ان يحكم واجتهد فإن أصاب فله أجران: أحدهما على إصابته لحكم الله والثاني على بذل جهده، أما إذا أخطأ فله أجر واحد على بذل جهوده بحسن النية.

الموازنة بين الشريعة الإسلامية والفقه الاجتهادي:

وهما رغم صلتهما المذكورة يختلفان في أمور جوهرية أهمها مايأتي:

١- الشريعة مصدر الفقه الاجتهادي بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

٢- الشريعة خالدة من حيث نصوصها فلا تقبل التبديل والتعديل والإلغاء. لكن الفقه الاجتهادي يمكن تعديله أو تبديله أو إلغاؤه في ضوء متطلبات الحياة ومستلزماتها، فهو كالقانون وهذا هو المقصود من قاعدة(لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان[2]) أي الأحكام الاجتهادية.

---

[1] البخاري بشرح فتح الباري، كتاب الاعتصام بالسنة ٣٩٣/١٣

[2] المادة (٣٩)، مجلة الأحكام العدلية

٣- الشريعة ملزمة عقيدة وعملاً لكل انسان بخلاف الفقه الاجتهادي، فانه غير ملزم لا للمجتهد ولا للمقلد مالم يقض بموجبه القاضي لأنه يحتمل الخطأ والصواب، ومن الخطأ الشائع في العالم الإسلامي التقيد بمذهب معين مدى الحياة وفي كل شيء فقد مضى القرن الأول من حياة الإسلام فلم يكن هنالك مذهب معين يتقيد به المسلم في كل مسائله.

ولأن الله تعالى قال: ﴿...فَاسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ﴾[1] ولكن التقليد واجب لغير المجتهد دون تحديد مذهب معين.

٤- الشريعة صائبة في جميع أحكامها، لأنها وحيٌ، والوحي لا يقبل الخطأ، بخلاف الفقه الاجتهادي، لأنه جاء عن طريق الاجتهاد وكل مجتهد كما يصيب فقد يخطئ..

---

[1] الانبياء (٧).

المطلب الثالث
القانون وصلته بالشريعة والفقه الإسلامي

أولاً: الصلة بين القاعدة الشرعية والقاعدة القانونية.

تتفقان من أوجه وتختلفان من أوجه أخرى:

أ- أوجه الشبه:

١- كل منهما تستهدف مصلحة الإنسان عن طريق تنظيم حياته.

٢- كل منهما مجردة وعامة.

٣- كل منهما ملزمة.

٤- كل منهما مقترنة بالجزاء لمن يخالفها.

٥- في التفصيلات والجزئيات تلتقيان في تطبيقات كثيرة.

٦- الشريعة مصدر القانون بنسب متفاوتة في قوانين البلاد العربية والإسلامية.

٧- كثير من الأحكام القانونية في البلاد غير الإسلامية لاتتعارض مع الشريعة الإسلامية.

ب- أوجه الاختلاف:

تختلفان في كثير من الأمور الجوهرية أهمها مايأتي:

١- القاعدة الشرعية النصية مصدرهاالوحي والقاعدة القانونية مصدرها عقل الإنسان واجتهاده.

٢- القاعدة الشرعية النصية غير قابلة للتعديل والتبديل والإلغاء بخلاف القاعدة القانونية فإنها قد تلغىُ، وقد تُعدّل، سواءً أكانت نصية، ام اجتهادية، وذلك في ضوء تغيّر المصالح وتطور الحياة ومتطلباتها.

٣- عمومية القاعدة الشرعية أوسع بكثير من عمومية القاعدة القانونية، فالأولى تخاطب الأسر البشرية كافة، قال تعالى: ﴿تَبَارَكَ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ

عَلَى عَبْدِهِ لِيَكُونَ لِلْعَالَمِينَ نَذِيراً[1]﴾، والثانية تخاطب مجموعة أفراد داخل إقليم معين لدولة معينة ذات سيادة لاتسري على من يكون خارج هذا الإقليم إلا في حالات استثنائية.

٤- جزاء القاعدة الشرعية كما يكون سلبياً (عقاباً) يكون إيجابياً (ثواباً) قال تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَراً يَرَهُ﴾[2] بينما جزاء القاعدة القانونية سلبي غالبا فلا يكافأ الإنسان الذي لم يرتكب جريمة في حياته.

٥- جزاء القاعدة الشرعية دنيوي وأخروي، بينما جزاء القاعدة القانونية دنيوي فقط ويتوقف على ثبوت الجريمة أمام القضاء وإلا فيحكم ببراءة المتهم لأن المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

٦- القاعدة القانونية لاتحكم إلا الظاهر فلا تدخل في أعماق القلوب ولا يخضع لها كل ما في باطن الإنسان مالم يخرج إلى عالم الوجود، في حين أن القاعدة الشرعية كما تحكم الظاهر تحكم الباطن أيضاً في ما يخضع لإرادة الإنسان، قال تعالى: ﴿.وَإِن تُبْدُواْ مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ اللّهُ..[3]﴾ لأن الإسلام يريد من الإنسان أن يكون ظاهره مطابقاً لباطنه. ومن ادّعى أن هذه الآية منسوخة بآية ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا[4]﴾ فقد اخطأ خطأً جسيما.

٧- تجريدية القاعدة القانونية لها استثناءات بحسب الصفة، كالأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية. بينما في القاعدة الشرعية لا توجد استثناءات على تجريديتها، لا بحسب الذات ولا بحسب الصفة.

---

[1] سورة الفرقان(١).
[2] سورة الزلزلة(٧-٨)
[3] سورة البقرة (٢٨٤).
[4] سورة البقرة(٢٨٦)

ثانيا: الصلة بين الفقه الإسلامي الاجتهادي والقانون.

وهما يختلفان من أوجه ويتفقان من أوجه كثيرة:

أوجه الاختلاف

يختلفان في أمور، أهمها مايأتي:

١- الفقه الإسلامي له كيان مستقل لم يتأثر بأي قانون ولم يؤخذ من أي قانون، ومن زعم تأثره بالقانون الروماني فقد أخطأ، لعدم وجود أية صلة بين أئمة المذاهب الفقهية والقانون الروماني من حيث المكان والزمان واللغة وما نجده من التشابه في بعض القواعد والأحكام إنما هو ناتج عن التشابه في الإنتاج الاجتهادي العقلي، وعقول جميع الناس متقاربة في كثير من الأمور.

٢- الفقه الإسلامي مصادره مستقلة عن مصادر القانون، لأن مصادر الفقه الإسلامي الأصلية: القرآن والسنة النبوية، ومصادره التبعية الكاشفة: القياس والمصلحة والاستحسان والاستصحاب والذرائع وغيرها.

٣- الفقه الإسلامي يتطلب أن يكون كل من يتولّى استنباطه يتوفر فيه جميع شروط الاجتهاد بخلاف القانون فان أكثر من يساهمون في إعداد مشروعه ليسوا من أهل الاجتهاد بالمعنى الاصطلاحي.

٤- أحكام الفقه الإسلامي كما تنظم علاقة الإنسان مع الإنسان تتولى تنظيم علاقة الإنسان مع ربه أيضاًبخلاف أحكام القانون.

٥- أحكام الفقه الإسلامي مشبعة بالأخلاق، لأن مصدره الرئيس هو الشريعة الإسلامية، بخلاف أحكام القانون.

أوجه الشبه:

توجد الصلة بينهما من أوجه، أهمها:

١- كل من الفقه الإسلامي الاجتهادي والقانون معرّض لأن يقع فيه القصور لأن العقل الاجتهادي فيهما هو العقل البشري الذي لايحيط بكل مايحدث في المستقبل.

٢- كل منهما قد يقع فيه الخطأ، لأن كل مجتهد كما يكون مصيباً فقد يكون مخطئاً، وقد نص الرسول العظيم (ﷺ)على ذلك في قوله: ((إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ[١] فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ)) أي أجر واحد على بذل جهوده.

٣- كل منهما قابل للتبديل والتعديل بحسب مستلزمات الحياة وتطورها مالم يكن الحكم مجمعاً عليه، وحتى في هذه الحالة إذا كان سند الإجماع مصلحة تغيّرت يتغيّر بإجماع آخر يتلاءم مع المصلحة الجديدة بناءً على قاعدة تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان.

٤- كل منهما يستهدف مصلحة الإنسان من جلب نفع له أو دفع ضرر عنه.

٥- الفقه الإسلامي مصدر رئيس للقوانين المتأثرة به بنسبة تتراوح بين ١٠٠-٥٠٪.

بعض القوانين في البلاد الإسلامية مأخوذة منه ١٠٠٪[٢] وقوانين الأحوال الشخصية في جميع البلاد العربية واالإسلامية مأخوذة من الفقه الإسلامي ١٠٠٪، والقوانين المدنية في هذه البلاد مصدرها الفقه الإسلامي ٩٠٪ كالقانون المدني العراقي والأردني والكويتي[٣] والقانون المدني المصري رغم تأثره بالفقه الفرنسي قد أخذ كثيراً من الفقه الإسلامي بشهادة فقهاء القانون في جمهورية مصر العربية[٤]. وقد حذت حذوه القوانين العربية المتأثرة به، ومن الأحكام التي اخذتها من الفقه الإسلامي القانون المدني المصري، والقوانين المتأثرة بهذا القانون: نظرية التعسف في استعمال

---

[١] أي أراد المجتهد ان يحكم أو ينتج حكماً.

[٢] كما في القوانين اليمنية.

[٣] ورد في ديباجة القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ (وما يعز ما وصل إليه قانوننا المدني من الرفعة والمكانة إنه جاء في أحكامه متوافقاً تماماً مع أحكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه حتى إنه لايوجد فيه حكم يستعصي تخريجه على مذهب من المذاهب الإسلامية أو يتعارض مع روح الشريعة الإسلامية السمحة).

[٤] منهم المستشار علي منصور رئيس محكمة الاستئناف سابقاً في كتابه (الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، ط ١٩٦٥، والأستاذ أحمد موافي المستشار بمحكمة النقض في كتابه الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون، ط ١٩٦٥ والمستشار عبد الستار آدم في كتابه (الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري ط ١٩٦٦.

الحق، ونظرية حوالة الدين، ونظرية الظروف الطارئة، وأكثر أحكام البيع والهبة وعقد الإيجار والتزامات الجوار، والحائط المشترك، وأحكام الشفعة وغيرها.

كما ان التشريعات الجزائية العربية تتفق مع الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي في كثير من جرائم التعازير لأن جريمة التعزير هي كل جريمة ترك استحداث عقوبتها وتحديدها للسلطة التشريعية الزمنية وهي تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: كل جريمة حدية إذا حدثت فيها الشبهة تتحول تلقائياً إلى جريمة تعزيرية تخضع لقانون العقوبات كالسرقة بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الشريكين. وكجريمة الزنا لم تثبت بأربعة شهود أو بإقرار الجاني واقتنع القاضي بوقوعها بالبينة أو بالوسائل العلمية الحديثة فتسقط عقوبة الحد وتحل محلها عقوبة تعزيرية تحدد بقانون العقوبات.

النوع الثاني: كل جريمة نص التشريع الإسلامي على تجريمها ولكن لم يحدد لها العقوبة تعد جريمة تعزيرية تخضع لقانون العقوبات كجريمة الغصب، وخيانة الأمانة والتزوير والرشوة والتجسس ونحوذلك مما نص الشرع على أنه جريمة ولكن لم يحدد لها العقوبة.

النوع الثالث: لولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهل الشورى اعتبار كل فعل يضر بالمصلحة العامة جريمة يحدد لها عقوبة بالنص تتلاءم مع حجمها وخطورتها.

وبناء على ذلك فإن جميع الجرائم التعزيرية في الشريعة الإسلامية تخضع لقانون العقوبات مالم يتعارض ذلك مع قاعدة شرعية في القرآن والسنة النبوية، وكذلك لا تتعارض القوانين في البلاد غير الإسلامية مع الشريعة الإسلامية بنسب متفاوتة مادامت تلك القوانين تخدم المصالح العامة للمجتمعات التي تخضع لها ولا تتعارض مع قاعدة شرعية إسلامية ثابته لأن القرآن الكريم اقتصر على الكليات وخول العقل البشري إرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات في ضوء مستلزمات الحياة في كل زمان ومكان مالم يخرج هذا الإرجاع عن دائرة الأخلاق.

المبحث الثاني

السنة النبوية

نتناول في هذا الفصل موضوعين: أحدهما التعريف بالسنة النبوية والثاني وظائف السنة النبوية، ولذا توزع دراستها على مطلبين:

المطلب الأول

التعريف بالسنة النبوية

السنة في اللغة وردت بعدة معان منها:- السيرة والطريقة، سواء أكانت حسنة أم قبيحة[١].

وفي إصطلاح الفقهاء عبارة عن الفعل المطلوب في الشريعة الإسلامية طلباً غير جازم.

فهي ترادف المندوب، والمستحب، والتطوع، والنافلة[٢]

وفي اصطلاح الاصوليين ماصدر عن سيدنا محمد (ﷺ)من قول أو فعل أو تقرير[٣]. والحديث القدسي معناه من الله يلقى في قلب رسوله ولفظه من الرسول[١]. والسنة بالمعنى الاصولي هي المعنيّة بدراستنا.

---

[١] لسان العرب لابن منظور/ فصل السين/ حرف نون، وقد وردت بهذا المعنى في قول الرسول (ﷺ) ((مَنْ سَنَّ فِي الْإِسْلَامِ سُنَّةً حَسَنَةً فَعُمِلَ بِهَا بَعْدَهُ كُتِبَ لَهُ مِثْلُ أَجْرِ مَنْ عَمِلَ بِهَا وَلَا يَنْقُصُ مِنْ أُجُورِهِمْ شَيْءٌ وَمَنْ سَنَّ فِي الْإِسْلَامِ سُنَّةً سَيِّئَةً فَعُمِلَ بِهَا بَعْدَهُ كُتِبَ عَلَيْهِ مِثْلُ وِزْرِ مَنْ عَمِلَ بِهَا وَلَا يَنْقُصُ مِنْ أَوْزَارِهِمْ شَيْءٌ)) صحيح مسلم بشرح النووي ٨/٦١.

[٢] شرح المنهج بهامش البجيرمي ١/٤٤٦.

[٣] القاضي العضد بشرح مختصر ابن الحاجب ٢/٢٢

اهمية السنة:

تتجلى أهمية السنة في وظائفها التي يأتي بيانها في المطلب الثاني من هذا الفصل.

حجية السنة:

حجية السنة النبوية ثابته بالقرآن والحديث والاجماع والمعقول:

١- القرآن الكريم: من الآيات الدالة على أن السنة النبوية تلي القرآن في كونها مصدرا للأحكام الشرعية قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ[٢]﴾.

فالرد الى الله هو العمل بالقرآن والى الرسول هو العمل بالسنة النبوية، والمراد بأولي الأمر إطاعه النظام العام الذي يرأسه وليّ الأمر (رئيس الدولة) باعتباره شخصية معنوية لامن حيث أنه شخص طبيعي.

٢- الحديث الشريف: من الاحاديث التي تدل على حجية السنة النبوية حديث معاذ بن جبل حين رشحه الرسول (ﷺ) ليكون قاضيا وواليا في اليمن وأختبر أهليته لهذه المهمة فقال له: ((كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ قَالَ أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ قَالَ فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ قَالَ فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ قَالَ أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلَا آلُو))، فضرب رسول الله (ﷺ)صدر معاذ فقال ((الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ))[٣].

---

[١] مثل حديث ((يَا عِبَادِي إِنِّي حَرَّمْتُ الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِي وَجَعَلْتُهُ بَيْنَكُمْ مُحَرَّمًا فَلَا تَظَالَمُوا يَا عِبَادِي كُلُّكُمْ ضَالٌّ إِلَّا مَنْ هَدَيْتُهُ فَاسْتَهْدُونِي أَهْدِكُمْ)) اخرجه مسلم في باب تحريم الظلم بشرح النووي ١٦/١٦٨.

[٢] سورة النساء (٥٩)

[٣] رواه الإمام أحمد في مسنده ٥/٢٣٦، وأبوداود في سننه رقم الحيث ٣٥٧٦، والبيهقي في السنن الكبرى ١/١١٤.

والمراد بقوله (ولا آلو) أي لا أقصّر في اللجوء الى الاجتهاد واستخدام الرأي واستنباط الحكم في حالة غياب نصّ من القرآن والسنة واقتضاء الموضوع للاجتهاد.

٣- الاجماع:

اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية منذ صدر الإسلام على أن السنة النبوية الثابتة تحتل المركز الثاني بعد القرآن الكريم.

٤- المعقول:

العقل السليم يقضي بأن من يختاره الله رسولا لتبليغ رسالته للاسرة البشرية أن كل مايصدر عنه بصفته رسولا لا بصفته إنسانا إعتياديا يُعدّ حُجةً ومصدراً للأحكام الشرعية بعد القرآن الكريم.

انواع السنة:

تنقسم السنة النبوية الى عدة أنواع بحيثيات مختلفة كالآتي:-

أ- من حيث طبيعتها قولية وفعلية وتقريرية:

١- السنة القولية: ما قاله الرسول (ﷺ) بأقواله وألفاظه كحديث ((إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أخطأ فَلَهُ أَجْرٌ))[١].

٢- السنة الفعلية: كأفعاله التي بينت بها الأحكام الاجماليه القرآنية بمقتضى قوله تعالى: ﴿ وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ [٢]﴾ كما بين قوله تعالى: المجمل: ﴿وَأَقِيمُواْ الصَّلاَةَ [٣]﴾. حيث أقام الصلاة بحضور أصحابه وأدى أركانها وشروطها وسننها ثم قال لهم ((صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي

---

[١] متفق عليه - صحيح مسلم - بشرح النووي – كتاب الأقضيه ١١/ ٢٥٤ باب أجر الحاكم إذا إجتهد.

[٢] سورة النحل /٤٤.

[٣] سورة يونس/٨٧

أصَلِّي))[١]

٣- السنة التقريرية:- وهي ما روي من إستحسانُ الرسول (ﷺ) ما روي له أو سمعه أو سكوته وعدم إنكاره لفعل أو قول صدر عن الغير في حضوره، أو نُقل له، لان سكوته بصفته رسولاً، تقرير ضمنيّ لمشروعية القول أو الفعل.

ب- من حيث سنده: متصل ومرسل:

١- الحديث المتصل: هو ماإتصل سنده الى رسول الله دون إنقطاع راو من رواته في سلسلة الرواية.

٢- الحديث المرسل: هو الذي لم يتصل السند فيه بالأخذ من الرسول، أو إتصل ولكن سقط من رواته صحابي.

جـ- من حيث القوة الالزامية :

متواتر وآحاد عند الجمهور، ومتواتر ومستفيض (مشهور) وآحاد، عند البعض وفي مقدمتهم الحنفية:-

١) الحديث المتواتر:- هو ما رواه عن الرسول (ﷺ) مباشرة جمع من الصحابة يستحيل عادة إتفاقهم على الكذب، ثم رواه عن الصحابة جمع من التابعين وتابعي التابعين بنفس الصفة.

ومن السنن القولية المتواترة: ((لَا تَكْتُبُوا عَنِّي وَمَنْ كَتَبَ عَنِّي غَيْرَ الْقُرآنِ فَلْيَمْحُهُ وَحَدِّثُوا عَنِّي وَلَا حَرَجَ وَمَنْ كَذَبَ عَلَيَّ مُتَعَمِّدًا فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ))[٢]. وقد رواه عنه أكثر من مائة صحابي

والتواتر إما لفظي أو معنوي من حيث التعبير:-

- المتواتر اللفظي: هو إستعمال نفس الألفاظ المسموعة من الرسول دون إختلاف في التعبير بين راو وراو آخر كما في الحديث المذكور.
- المتواتر المعنوي: هو أن يكون المعنى فيه واحد وتكون التعابير عنه مختلفة كما في حديث (إنما الاعمال بالنيات) فقد روي هذا الحديث بالفاظ وتعابير مختلفة

---

[١] اخرجه الإمام احمد في مسنده ٣/٣٧٨.

[٢] صحيح مسلم ٥/٨٤٧، مسند أحمد ٣/٢١

مع الاحتفاظ بوحدة المعنى.

شروط التواتر:

أ- أن يتم أخذه من الرسول (ﷺ) عن طريق الحس والسمع أو البصر.

ب- أن يحيل العقل عادة طواطئهم على الكذب، لكثرتهم وعدالتهم وأمانتهم وتباين طبائعهم وإختلاف أماكنهم.

ج- أن يتوافر الشرط الثاني في جميع الطبقات الثلاث (طبقة الصحابة وطبقة التابعين وطبقة تابعي التابعين) .

حكمه: حكم الحديث المتواتر هو وجوب العمل بمقتضاه ويُعدّ إنكاره عند الفقهاء كفراً.

٢) **الحديث المشهور:** هو مارواه عن النبي (ﷺ) واحد أو اثنان، أو عدد قليل من الصحابة لم يصل الى حد التواتر، ثم استفاض بعد ذلك في عصر التابعين أو تابعي التابعين، بحيث رواه منهم جماعة يستحيل عادة تواطئهم على الكذب.

حكمه: إنه يفيد ظنا قريبا من اليقين يطلق عليه تعبير الطمأنينة، ولذلك أعتبر في حكم المتواتر من حيث وجوب العمل به ويُخصص به عموم القرآن ويُقيّد مطلقه ويُقدّم على القياس بالاجماع عند التعارض.

٣) **حديث الآحاد:-** وهو الذي لم يتوافر فيه شروط التواتر في الطبقات الثلاث المذكوره.

وجدير بالذكر أن معظم سنن النبي (ﷺ) من هذا النوع الثالث.

حكمه: انه يوجب غلبة الظن فيجب العمل به ما لم يقم دليل على عدم صحته.

د- من حيث الثبوت قطعي وظني:

١- قطعيّ الثبوت: هو الحديث المتواتر.

٢- ظنيّ الثبوت: هو الحديث الذي لم تتوفر فيه شروط التواتر.

هـ- من حيث الدلالة على الحكم قطعي الدلالة وظني الدلالة:

١- قطعي الدلالة: وهو حديث لايحتمل أكثر من حكم (معنى) واحد مثل قوله (ﷺ) (أعطوا الجدةَ السدسَ).

٢- ظنيّ الدلالة: وهو حديث يحتمل أكثر من معنى واحد كقول الرسول (ﷺ) (لاتبع ما ليس عندك).

فلفظ (ما) يشمل للمنقول والعقار والطعام وغيره لذا إختلف في تفسيره فقهاء الشريعة فمنهم من فسّره بالمال المنقول، لان العقار لايتغير في الفترة الواقعة بين تملّكه أو قبضه من الغير، وبين بيعه بخلاف المنقول ومنهم من فسره بالطعام لانه يتعرض للتلف والتغيّر بسرعة.

ومنهم من أخذ بعموم لفظ (ما) فلم يجز بيع كل مالٍ قبل تملّكه أو قبضه إستبعادا لضرر قد يلحق بالمشتري أو بالعاقدين معاً.

وفي رأينا المتواضع أن حكمة هذا النهي هي التعرض للفساد والتغيّر فاذا كان للبيع مما لا يتعرض لذلك خلال مدة يحددها العرف، فلا بأس في بيعه قبل تملكه أو قبل قبضه وذلك لتطور الحياة الاقتصادية وسرعة تداول الأموال التجارية بين البائع والمشتري.

و- من حيث الصحة: صحيح ومختلق:

١- الحديث الصحيح: هو الذي كان صادرا عن الرسول (ﷺ) في الواقع ونفس الامر.

٢- الحديث المختلق: هو الذي وضع باسم الرسول، إما بِحُسن النيّة أو بسوء النيّة، كما فعل ذلك عبدالله بن سبأ اليهودي الأصل وهو إعتنق الإسلام دسّاً ونفاقاً، وفي اللحظات الأخيرة من حياته قال لمن حوله من المسلمين: وضعت بإسم نبيكم آلاف الأحاديث وفيها حلّلت الحرام وحرّمت الحلال!

معايير التمييز بين الحديث الصحيح والموضوع:-

ومن أهم تلك المعايير لتمييز الموضوع من الصحيح مايلي:-

١- أن يكون مخالفا لنص صريح في القرآن الكريم.

٢- أن يكون مخالفا للاكتشافات العلمية الحديثة الثابته بالتواتر.

٣- أن يكون مخالفا للمحسوسات التي هي من البديهات.

٤- أن لايقبله العقل السليم الناضج المؤمن.

٥- أن لايليق بمكانة الرسول (ﷺ) وعظمته التي شهد بها فلاسفة من غير المسلمين ومنهم أوغست كنت وهو من فلاسفة الغرب حيث يقول (يامحمد أشهد أنك لست إلهاً ولكن بكل المعاني أسمى من البشر) .

وجدير بالذكر أن ورود الحديث في المراجع المعتمدة عند المسلمين لا يكون دليلاً قطعياً على صحته، لكثرة الوضاعين قبل تدوين السنة وبعدها قبل نشرها – رغم بذل جهود علماء الإسلام المشكورة في التاكد من صحة الحديث بعد روايته وجمعه ونشره.

المراجع المعتمدة عند الجمهور:

١- الجامع الصحيح للإمام عبدالله بن محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري (١٤٩-٢٥٦هـ).

٢- صحيح مسلم بن الحجاج النيسابوري (٢٠٤-٢٦١هـ) .

٣- سنن النسائي أبي عبدالرحمن شعيب الخراساني(٢١٥-٣٠٣هـ).

٤- سنن أبي داود سليمان بن الاشعث بن اسحاق الاسدي (٢٠٢- ٢٧٥هـ)

٥- جامع الترمذي محمد بن عيسى الترمذي(٢٠٩-٢٧٩ هـ).

٦- سنن إبن ماجة محمد بن يزيد بن ماجة القزويني (٢٠٧-٢٧٣هـ).

-المراجع المعتمدة عند الإمامية:-

١- الكافي للكليني محمد بن يعقوب الكليني (ت٣٢٨ هـ) .

٢- من لايحضره الفقيه لابي جعفر محمد بن على بن الحسين (ت٣٨١هـ).

٣- الاستبصار للطوسي محمد بن الحسين بن على (ت ٤١١هـ)

شروط العمل بحديث الآحاد:

أ/ يعتبر فقهاء الحنفية من المتشددين في شروط العمل بحديث الآحاد بسبب ماحدث في عصرهم من ظهور الوضّاعين ومن إختلاق الحديث باسم النبي – إما بحسن النية أو بسوء النية كالاحاديث التي وضعت من قبل الدسّاسين.

ومن أهم شروطهم:

١- أن لا يعمل الراوي بخلاف مارواه لان مخالفة عمل الراوي لروايته يعد دليلا على نسخ الحديث بالقرآن أو حديث آخر أو تبيّن عدم صحة الحديث[١].

٢- أن لا يكون الحديث لبيان حكم مهم في الحياة البشرية تتكرر يوميا كخيار المجلس في البيوع، لأنّ الحديث في هذه الحالة لايبقى آحاداً بل يصبح متواترا أو مشهورا على الأقل[٢].

٣- أن لا يكون مخالفا للقياس إذا لم يكن الراوي فقيهاً[٣].

٤- أن لايعارض دليلا أقوى منه كالقرآن والحديث المتواتر والحديث المشهور والقواعد العامه المتفق عليها[٤].

ب / من شروط المالكية أن لايتعارض الحديث مع عمل أهل المدينة[٥].

جـ/ ومن شروط الشافعية والحنابلة صحة سند الحديث وإتصاله بالنبي(ﷺ).

د/ ومن شروط الشيعة الإمامية:

١- تعدد الرواة (أكثر من واحد) .

٢- أن يكون الراوي من أئمة آل البيت[٦].

---

[١] لنا لم يعملوا بحديث عائشة (رضي الله عنها): (أيما إمرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل)، حيث عملت عائشة بخلاف هذه الرواية فزوجت بنت أخيها حفصة بنت عبدالرحمن بن أبي بكر وقد كان غائبا بالشام بلا إذن وليها.

[٢] لنا لم يعملوا بحديث (البيّعان بالخيار ما لم يتفرّقا).

[٣] لنا لم يعملوا بحديث معقل بن سنان (إن رسول الله (ﷺ) قضى بمهر المثل لامرأة -بروع بنت واشق- مات عنها زوجها قبل أن يحدد لها المهر وقبل أن يدخل بها). لان الراوي لم يكن فقيها.

[٤] لنا لم يعملوا بحديث أبي هريرة (لاتصروا الابل والغنم فمن إبتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردّها وصاعاً من تمر) والتصرية جمع اللبن في ضرع الحيوان بالشد وترك الحلب مدة ليتخيل للمشتري أن هذا الحيوان كثير اللبن فقالوا ان هذا الحديث مخالف للقرآن في قوله تعالى(فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ) والتمر ليس مثل اللبن، ومخالف لحديث (الخراج بالضمان) لان الحيوان المبيع بعد القبض يدخل في ضمان المشتري فله غنمه (كاللبن) كما عليه غرمه اذا تلف، ومخالف للاجماع على أن ضمان المثليات يكون بالمثل وضمان القيميات يكون بالقيمة فالتمر ليس مثل اللبن ولايكون ضمانه بالقيمة لان القيمة تزيد وتنقص حسب كمية المال المتلف كما في اللبن هنا.

[٥] لنا لم يعملوا بحديث خيار المجلس المذكور لان أهل المدينة لم يعملوا به رغم أن المدينة مهبط الوحي.

[٦] لنا لم يعملوا بحديث (لايجمع بين المرأة وعمتها ولابين المرأة وخالتها). لان هذا الحديث لم تتم روايته عن آل البيت حسب ظنهم.

المطلب الثاني
وظائف السنة النبوية

سبق أن ذكرنا في الفصل الاول أن أحكام القرآن خمسة وهي: الأحكام الاعتقاديه، والأحكام الأخلاقية، والأحكام الكونية، والأحكام العمية، والأحكام العملية.

وللسنة النبوية دور عظيم في تأكيد هذه الأحكام وفي بيانها وفي الاضافات التي سكت عنها القرآن وإن إستعراض وظائف السنة النبوية في جميع هذه الأحكام يتطلب مجلدات بحيث من الصعب الاحاطة بجميعها.

بالإضافة الى أن الهدف الرئيس من دراسة هذا المدخل تنوير الهدف لمعرفة الشريعة الإسلامية في باب الأحكام العملية.

لذا نقتصر على بيان نماذج من وظائف السنة النبوية الخاصة بالأحكام العملية دون غيرها وهي:- تخصيص نص عام في القرآن لم يكن عمومه مراداً أو تقييد نص مطلق لم يكن إطلاقه مقصودا، أو بيان نص مجمل لايكون فهمه متيسراً من قبل المكلف بحكمه، أو تاكيد أحكام عمليه واردة في القرآن الكريم لأهميتها للإنسان في حياته العملية، لو ذكر ما سكت عنه القرآن صراحة وقد بيّنه الرسول (ﷺ) لأهميته. وفيما يلي إيضاح تلك الوظائف:-

اولاً: تخصيص نص عام في القرآن الكريم إذا كان عمومه غير مراد اصلاً.

العام: هو ما يشمل جميع مامن شأنه أن يندرج تحته دفعة واحدة لغةً أو عرفاً، أو عقلاً.

التخصيص: إخراج بعض أفراد العام المندرجه تحته من الحكم الوارد فيه فهو بمثابة عملية الطرح في الرياضيات.

ومن تطبيقاته قوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاء نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾[1] ومن الواضح أن كلاً من لفظ (الرجال)و(النساء) جمع تكسير للرجل والمرأة محلى ب(ال) الاستغراق، يفيد العموم، فالأول يشمل كل ذكر-صغيرا كان أم كبيراً-، والثاني يشمل كل انثى-صغيرة أم كبيرة-.

ولما لم يكن هذا العموم مراداً من أصله خصص عموم كلتا الصيغتين بالحديث الشريف (لايرث القاتل) ولفظ القاتل يستعمل للذكر والانثى في هذا المقام فكل وارث من الذكر والانثى إذا قتل مورثه عمداً عدواناً، يُحرم من ميراثه كعقوبة تبعية لعقوبة القصاص او اية عقوبة أخرى.

وفلسفة ذلك أن الوارث القاتل يتهم بأن هدفه من هذا القتل هو الاستعجال في الحصول على ميراث مورّثه المقتول، والقاعدة الشرعية والقانونية تقضي بأن (من إستعجل الشي، قبل أوانه عوقب بحرمانه[2]) وقد قاس الفقهاء الموصى له القاتل للموصي والموهوب له القاتل للواهب، على الوارث القاتل لمورّثه بجامع الفلسفة المذكورة من جهة، وحماية أرواح الأبرياء من جهة أخرى.

وكذلك أخرج الرسول (ﷺ) من شمولية الميراث الوارث الذي يختلف مع مورّثه في الدين، كأن يكون أحدهما مسلما والآخر غير مسلم فقال (لايتوارث أهل ملتين) ولكن الاختلاف في الدين لايكون مانعا من الوصية لان الهدف منها هو التكافل الاقتصادي.

لذا أقترح أن يوصي كل من الزوجين للآخر في حالة إختلاف الدين بما لايزيد عن ثلث تركته كما في حالة كون الزوج مسلماً والزوجة كتابية (يهودية أو مسيحية) .

---

[1] سورة النساء (٧).

[2] مجلة الأحكام العدلية المادة(٩٩).

ثانياً: تقييد النص المطلق:

المطلق:- لفظ دال على ماهية مشتركة بين عدة أنواع، أو أصناف، أو أفراد يصلح لأن يراد به أيّ واحد منها على سبيل التناوب قبل تقييده، أو يشمل كميّة الشي. كله أو بعضه.

فإذا ورد في القرآن نص مطلق وكان اطلاقه غير مراد في الأصل يتولى الرسول (ﷺ) تقييده كما أراده الله.

ومن تطبيقاته تقييد نص مطلق وارد في القرآن الكريم بالحديث النبوي قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ [1]﴾ فلفظ (الوصية) مطلق يشمل جميع التركة، أو ثلثيها، أو نصفها، أو ثلثها أو غير ذلك.

ولما لم يكن هنا الاطلاق مرادا في هذه الآية أصلاً بادر الرسول (ﷺ) الى تقييده بالثلث كما روي عن سعد بن أبي وقاص الصحابي الجليل رضي الله عنه من أنه قال ((قلت يا رسول الله (ﷺ) أنا ذو مال، وفي رواية: أنا كثير المال، لا يرثني إلاّ ابنة واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قلت: أفأتصدق بشطره-نصفه-؟ قال: لا. قلت: أفأتصدق بثلثه ؟ قال: الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة[2] يتكففون[3] الناس [4])).

ثالثا: بيان نص مجمل في القرآن الكريم

المجمل: وهو لفظ غير واضح المعنى، أو نُقل من معناه اللغوي الى المعنى الشرعي، ومن تطبيقاته في الصلاة قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ الصَّلاَةَ﴾. فهنا النص القرآني لاختصاره مجمل فلم يتناول أركان الصلاة وشروطها وسننها فقام الرسول

---

[1] سورة البقرة (١٨٠).

[2] جمع عائل وهو الفقير.

[3] يسألون الناس باكفهم.

[4] الحديث متفق عليه أخرجه البخاري رقم الحديث (١٥٢٠) ومسلم في كتاب الوصية باب الوصية بالثلث بشرح النووي ١١/٨٥

(ﷺ) بأداء الصلاة أمام أصحابه كاملة مستوفية أركانها وشروطها وآدابها ثم قال: ((صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي)).

ومن تطبيقات بيان المجمل في الزكاة قوله تعالى: ﴿وَآتُواْ الزَّكَاةَ﴾. فهذا النص مجمل أيضاً لاختصاره، فلم يبيّن لنا المال الذي تجب فيه الزكاة، ولا كمية نصابها، أي الحد الأدنى الذي تجب فيه الزكاة، ولا المقدار الذي يجب إخراجه من المال لأجل الزكاة ودفعه للمستحقين، فتولى الرسول (ﷺ) هذه المهمة فبيّن لنا ما هو المراد من هذه الآية المجملة من أنواع الأموال التي تجب فيها الزكاة، ففي جنس الحيوان تجب في أربعة أنواع وهي الإبل والبقر والغنم والمعز. وفي جنس الحبوب تجب الزكاة في الحنطة والشعير، وفي جنس الثمر تجب في التمر والزبيب، وفي جنس النقود تجب الزكاة في الذهب والفضة وفي كل عملة حلت محلهما في التداول والتعامل في العالم.

بالإضافة الى ذلك تجب الزكاة في أرباح الأموال التجارية ورأسمالها وفي كل منقول آخر والعقار من الأموال التي تخصص لغرض الاستغلال فتجب الزكاة في غلّتها دون رأسمالها وقد أهملت إستعراض نصوص الاحاديث الواردة بشأن الزكاة إستبعادا للتطويل[1].

ومن تطبيقاته في الحج قوله تعالى: ﴿وَلِلّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً[2]﴾ ولاجمال هذه الآية قام الرسول (ﷺ) بأداء مناسك الحج أمام أصحابه ثم قال لهم ((خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُم[3])).

---

[1] للاطلاع على هذه النصوص النبوية يراجع: - صحيح مسلم ٢/٦٧٣ ومايليها كتاب الزكاة صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٣/٣٠٩ ومايليها باب قدركم يعطى من الزكاة والصدقة سنن أبي داود بشرح عون المعبود (ج)٢ كتاب الزكاة.

[2] سورة آل عمران (٩٧)

[3] سبل السلام (٤/٣٢).

رابعاً: تأكيد ما ورد في القرآن من الأحكام لزيادة أهميتها في الحياة البشرية.

ومن تطبيقاته قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ[1]﴾ فهذه الآية تنص على ضرورة توفر عنصر التراضي في جميع المعاوضات لأن لفظة (التراضي) للمشاركة فلا يكفي رضاء أحد الطرفين وحده لصحة التصرف بل يجب أن يتوفر الرضى لدى كل واحد منهما.

وقد أكد الرسول (ﷺ) أهمية هذا العنصر فقال: ((لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ، -وفي رواية- إلاَّ بِطِيبَةٍ مِنْ نَفسِهِ)) .

خامساً: ذِكر ما سَكَتَ عنه القرآن صراحة.

وتطبيقات هذه الوظيفة لاتحصى لذا أقتصر على نماذج منها:-

أ- تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في الزواج فقال الرسول (ﷺ) ((لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا[2]))، أي لايجوز أن يجمع الرجل بين زوجتين في وقت واحد إحداهما تكون عمة للأخرى أو خالة لها، وقال في إحدى الروايتين في بيان حكمة تحريم هذا الجمع (إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم) وذلك للتنافر بين الضرتين بمقتضى الغريزة الطبيعية.

ب- القضاء بيمين المدعى عليه إذا لم يكن للمدعي بينة مقبولة لاثبات دعواه فقال الرسول (ﷺ) ((لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ[3])). وفي حديث آخر قال ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر[4])). وحكمة ذلك أن المدّعي يدّعي خلاف الأصل وهو براءة

---

[1] سورة النساء (٢٩)
[2] صحيح مسلم (٢/١٠٢٨).
[3] صحيح مسلم ٣/١٣٣٦ رقم الحديث ١٧١١.
[4] نيل الاوطار للشوكاني ٧/٤٤٤.

الذمة، فلا يُقبل منه دعواه إلاّ بالبيّنة، أمّا المدعى عليه فإنه مع الأصل لذا يُكتفى بيمنه.

ج- قضاء القاضي لا يكون إقراراً للواقع، فهو لا يُحلّ حراماً ولا يُحرّم حلالاً. فقال الرسول(ﷺ) ((إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّهُ يَأْتِينِي الْخَصْمُ فَلَعَلَّ بَعْضَهُمْ أَنْ يَكُونَ أَبْلَغَ مِنْ بَعْضٍ فَأَحْسِبُ أَنَّهُ صَادِقٌ فَأَقْضِي لَهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ مُسْلِمٍ[1] فَإِنَّمَا هِيَ قِطْعَةٌ مِنْ النَّارِ فَلْيَحْمِلْهَا أَوْ يَذَرْهَا[2])).

وجدير بالذكر أنه شاع بين الناس أن للحديث وظيفة سادسة وهي نسخ القرآن بالحديث النبوي، وهذا خطأ لا يُغتفر، لأن الحديث ولو كان متواتراً، أقلّ قوةً من القرآن الكريم، والنسخ يكون لرفع التناقض بين دليلين متناقضين متكافئين في القوة الالزامية، وبناءً على ذلك إذا حصل التناقض بين آية قرآنية وحديث من الأحاديث النبوية يجب ترك العمل بهذا الحديث المتناقض مع الآية[3].

---

[1] أي عائد لشخص آخر مسلم، وقيد (مسلم) ليس له مفهوم المخالف لمساواة المسلم وغير المسلم في الحقوق الدنيوية والمعاملات المالية.

[2] صحيح مسلم ٣/١٣٣٨.

[3] لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا (التبيان لرفع غموض النسخ في القرآن) موضوع شروط النسخ.



الفصل الثاني
الحكم الشرعي

الحكم الشرعي العملي:- هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع على وجه الاقتضاء أو التخيير او الوضع.

تحليل مفردات هذا التعريف:

الخطاب: وهو المخاطب به من النصوص الشرعية الاصلية الموجهة الى الاسرة البشرية من الاوامر مثل قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ الصَّلاَةَ وَآتُواْ الزَّكَاةَ[1]﴾ ومن النواهي مثل قوله تعالى: ﴿..وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ... [2]﴾.

المتعلق:- أي المُنظِّم والمُبيِّن لأحكام التصرفات التي تصدر عن الإنسان من حيث المشروعية وعدمها، ومن حيث الصحة والبطلان والفساد، ودور الوقائع في السببية والشرطية والمانعية.

التصرفات:- التصرف هو كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل، بإرادة حرّة مُدركة، بحيث يرتب عليه الشرع الأثر، سواء أكان مشروعاً أم لا، قولياً أم فعلياً. فالقولي المشروع كالعقود وغير المشروع كالقذف والغيبة والنميمة.

والفعلي المشروع كانقاذ الغريق، وغير المشروع كالقتل بدون حق.

ويستنتج من التعريف المذكور ان التصرف الشرعي او القانوني يتوقف على توافر خمسة عناصر وهي:

---

[1] سورة البقرة / ٨٣.

[2] سورة الاسراء / ٣٣.

١. أن يصدر العمل عن الإنسان فكل ما يصدر عن غيره كالحيوان والطبيعة يكون واقعة.
٢. أن يصدر بإرادة فكل مايصدر عن عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون ومن في حكمهما فهو واقعة.
٣. ان يصدر بإرادة حرة فكل ما يصدر عن المكره والمضطر يكون واقعة.
٤. أن يكون بإرادة حرة واعية فكل ما يصدر عن النائم والساهي والخاطي والغافل والسكران فاقد التمييز ونحو ذلك يكون واقعة.
٥. أن يُرتب عليه الشرع أو القانون أثراً يُعتدّ به، فالأقوال والأعمال الاعتيادية والاجتماعية لا توصف بالتصرف الشرعي او القانوني ولا بالواقعة التي يرتب عليها الشرع أو القانون أثراً يُعتد به.

الوقائع:- الواقعة ما حدثت رغم إرادة الإنسان سواء كانت من نتائج فعله كحوادث السيارات، أو بقوة قاهرة كتحطّم طائرة في الجو، أو حدثت بإرادة، لكن لم تكن مما يُرتب عليه الشرع أو القانون أثراً، كالمكالمة للتفاهم والأعمال الاعتيادية من الأكل والشرب والنوم ونحو ذلك، سواء كانت مادية كإتلاف المجنون مال الغير، أم معنوية كالجنون والقرابة والعقل، وبالاضافة الى الوقائع المذكورة، فإن كل ما يَصدر عن الحيوانات يُعتبر من الوقائع.

الاقتضاء:- هو طلب الفعل على وجه الحتم والالزام او على وجه الاولوية والأفضلية.

وطلب الترك على وجه الحتم والالزام او على وجه الاولوية والافضلية.

التخيير:- ترك الحرية للانسان في فعل شيء او تركه.

الوضع:- هو جعل فعل الشيء سبباً او شرطاً او مانعاً او عده صحيحاً او باطلاً او فاسداً.

أسباب اختيار هذا التعريف:

أ- لم أطلع في المراجع الاصولية على تعريف للحكم الشرعي يخلو من لفظة المكلف او المكلفين ويتطرق لذكر الوقائع التي هي من صميم الحكم الوضعي رغم عدم كونها في كثير من الاحيان من أعمال المكلفين.

ب-إن بعض علماء أصول الفقه[1] عرف الحكم الشرعي بتعريف الحكم الشرعي التكليفي، ثم قسّمه الى الحكم الشرعي التكليفي والحكم الشرعي الوضعي، رغم أنهما قسيمان متباينان، فيكون ذلك من قبيل تقسيم الشيء الى نفسه وغيره وهو ما يرفضه المنطق والعقل.

ج- خلط رجال القانون بين الوقائع والتصرفات الفعلية الارادية للإنسان، فأدخلوا هذه التصرفات في الوقائع، مع أن الوقائع هي التي تقع رغم إرادة الإنسان، أو تقع بإرادته، لكن لا يرتب عليها الشرع أو القانون أثراً شرعياً أو قانونياً يُعتد به، بالاضافة الى أن علماء القانون حصروا التصرف القولي في العقد والارادة المنفردة، وهذا مما يأباه المنطق والواقع.

أقسام الحكم الشرعي:

يستنتج من التعريف المذكور ان الحكم الشرعي ينقسم الى قسمين: التكليفي والوضعي ويخصص لكل منهما مبحث مستقل.

---

[1] كإبن السبكي (جمع الجوامع).

المبحث الاول
الحكم الشرعي التكليفي

وهو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء او التخيير.

المكلف:- هو الإنسان الذي يتوافر فيه الشروط الخمسة التالية: (البلوغ والعقل والعلم بما يكلف به والقدرة على ما يكلف به، والاختيار).

واذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يتوجه اليه التكليف لقول تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا[1]﴾ ولقول الرسول (ﷺ): ((إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ))[2] وقوله(ﷺ): ((رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنْ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ، وَعَنْ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ- أو يَحتَلِم-))[3].

انواع الحكم الشرعي التكليفي:

الحكم الشرعي التكليفي ينقسم إلى خمسة انواع، أربعة منها مندرجة تحت تعبير (الاقتضاء) وخامسها مندرجة تحت تعبير (التخيير) وهي (الاباحة)، كما في الإيضاح الآتي:

١-الإيجاب:- هو اقتضاء (طلب) الفعل على وجه الحتم والالزام، وهو صفة الشارع والأثر المترتب عليه هو الوجوب (الحكم الفقهي) الذي هو صفة الفعل المطلوب فيكون المطلوب واجباً، الذي يُعرّف بأنه: ما طُلب على وجه الحتم والالزام بحيث يستحق فاعله التقدير في الدنيا والثواب في الآخرة.

ويستحق تاركه اللوم والعقاباً، وتركه جريمة سلبية، لأنّ الركن المادي فعل سلبي

---

[1] سورة البقرة / ٢٨٦.

[2] رواه ابن ماجه ١ / ٦٥٩ كتاب الطلاق.

[3] أخرجه ابن ماجه ١/ ٦٥٨.

وهو الامتناع عن أداء الواجب [١].

الواجب والفرض:

وهما مترادفان عند جمهور الفقهاء والأصوليّين، لأن المراد بكل منهما فعل طُلب على وجه الحتم والالزام، سواء أكان ثابتا بدليل ظني كحديث الآحاد، أم بدليل قطعي الثبوت كآية من آيات القرآن، وقال البعض -كالحنفية- الفرض ما ثبت بدليل قطعي، كأداء الزكاة والأمر بالمعروف والتعاون على البر والتقوى ونحو ذلك.

الواجب ما ثبت بدليل ظني كصدقة الفطر والأضحية ونحوهما.

ورأيُ الجمهور هو الأفقه، ما دام الفعل مطلوباً في الحالتين على وجه الالزام، سواء أكان المطلوب واجباً لذاته أم لغيره [٢].

٢-الاستحباب: وهو طلب الفعل على وجه الأولوية، وهو صفة الشارع وأثره الندب وهو صفة تصرفات الإنسان، والفعل المطلوب يسمى مندوباً ومستحباً وسنةً ونفلاً.

٣- التحريم:- وهو طلب الشارع الكف عن الفعل على وجه الحتم والالزام والأثر المترتب على التحريم الحرمة، والتحريم صفة الشارع والحرمة صفة تصرف الإنسان غير المشروع، والفعل المطلوب هو الإمتناع والكف عن المنهي عنه على وجه الحتم والإلزام، ويُسمّى مُحرماً وحراماً، وسيتحق فاعلة الذم والعقاب وتاركه بالنية يستحق التقدير والثواب مثل ﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً

---

[١] وبهذا يتضح الفرق بين الايجاب والوجوب والواجب، فالأول حكم أصولي وصفة الشارع، والثاني حكم فقهي وصفة تصرف الانسان المكلف، والثالث الفعل المطلوب وهو صفة الانسان المكلف، وهكذا في بقية أنواع الحكم التكليفي.

[٢] وقد ظن البعض -كصاحب جمع الجوامع- ١ / ٨٨ أن الخلاف لفظي، وهذا الظن غير صحيح، لأن الخلاف اللفظي لا تترتب عليه الآثار الخلافية، في حين ترتب على هذا الخلاف إختلاف الحنفية مع غيرهم -كالشافعية- في بعض المسائل الفقهية، منها ان الصلاة بدون فاتحة الكتاب مع القدرة عليها باطلة عند الشافعية وصحيحة عند الحنفية اذا قرأ ما يُعادلها من الآيات القرآنية الأخر، ومن الواضح ان قراءة الفاتحة في الصلاة ثبتت بدليل ظني وهو قول النبي (ﷺ) ((لا صَلَاةَ لِمَنْ لَمْ يَقْرَأْ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ)) - اخرجه مسلم ٤ / ٣٤٣ كتاب الصلاة باب وجوب قراءة الفاتحة بشرح النووي.

وَسَاءَ سَبِيلاً[١]﴾.

والمحرّم كالواجب قد يكون لذاته كما سبق في جريمة الزنى وقد يكون لغيره كالخطبة على خطبة الغير في الزواج.

٤-الاستكراه:- وهو طلب ترك فعل على وجه الاولوية والافضلية كالتدخل في شؤون الغير بدون مبرر، وهو صفة الشارع، وأثره يُسمى كراهة، وهي صفة تصرف الإنسان، والفعل المطلوب تركه يُسمى مكروها.

٥-الاستباحة:- هي طلب الشارع ممارسة العمل والامتناع عنه على وجه التخيير وهي التسوية بين فعل الشيء وتركه وتخيير الإنسان بينهما دون لوم او مدح او ثواب او عقاب كما في قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ[٢]﴾.

وجدير بالذكر ان علماء أصول الفقه استعملوا الندب كصفة للشارع وصفة لفعل الإنسان وكذلك فعلوا بالنسبة للكراهة والاباحة وهذا يتعارض مع المنطق السليم لذا استعملنا للشارع تعابير الاستحباب كصفة للشارع والاباحة وهي صفة فعل الإنسان والاستكراه للشارع والكراهة لفعل العبد، والاستباحة للشارع والاباحة لفعل الإنسان[٣].

---

[١] سورة الاسراء / ٣٢.

[٢] سورة المائده / ٥.

[٣] وجدير بالذكر ان بعض العلماء من الاصوليين كالإمام الغزالي(رحمة الله عليه) في كتابه المستصفى مكتبة الجندي مصر ١٩٧٠. ص ٨٠. ان الأحكام الشرعية التكليفية خمسة وهي الواجب والمندوب والمحرم والمكروه والمباح، مع أن هذه الأمور هي أفعال ثبت لها الحكم الشرعي التكليفي، فالواجب هو الفعل والحكم الثابت له هو الوجوب، والمكروه هو الفعل والحكم التكليفي الثابت له الكراهة وهكذا في بقية الانواع فهو خلط بين الفعل الثابت له الحكم التكليفي وبين الحكم التكليفي نفسه.

المبحث الثاني
الحكم الشرعي الوضعي

هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان اوبالوقـائع الشـرعية علـى وجـه الوضع اي جعل الشيء سبباً لشيء آخر اوشرطا له او مانعا منه.

١- السبب:

وهو في اللغة ما يمكن التوصل به الى مقصود، ومنه سُمي الطريق سبباً.

وفي اصطلاح الأصوليين: وصف ظاهر منضبط[1] يرتب عليه الشارع حكماً يتحقق بتحققه وينتفى بانتفائه، كالقرابة جعلت سبباً للميراث والقتل العمد العـدوان جعـل سبباً للقصاص وهكذا.

السبب والعلة:

اختلفت آراء الأصوليين في الصلة بينهما.

أ- فمنهم من ذهب الى أنهما مترادفان.

ب- ومنهم من قال أن العلة قسيم السبب، على أساس أن العلة نوع من أنواع الحكم الوضعي.

ج- ومنهم من قال العلة أخص مطلقا من السـبب، فكـل علـة سـبب دون العكـس الكلي، لأن الإنسان إذا أدرك العلاقة بين السبب ومسـبَّبه، كالقتـل للقصـاص والاتلاف للتعويض، يكون السبب علة وإن لم يُدرك عقل الإنسان الحكمة والربط بين السبب ومتسبّبه، كدلوك الشمس جعله الشارع سبباً لوجوب صـلاة الظهـر لا يكون هذا السبب علة.

---

[1] لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد.

د- الرأي الذي نختاره ونوصي بالأخذ به هو ان العلة تختلف في حقيقتها وجوهرها عن السبب، لأن العلة في روح الشريعة الإسلامية هي الغاية لتطبيق الحكم الشرعي والحكمة المتوخاة من تشريعه، وهذه الغاية (أو الغرض) عبارة عن نتيجة تطبيق أحكام الله كما هو المطلوب، وهذه النتيجة هي جلب المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم فسبب وجوب القصاص هو القتل العمد العدوان وعلته هي المحافظة على أرواح وسلامة الأبرياء. وسبب وجوب الجلد هو الزنا، وعلّته هي المحافظة على الأعراض والأنساب، وسبب وجوب قطع اليد هو السرقة، وعلّته هي المحافظة على أموال الناس وهكذا. وهذا المعنى للعلة هو المقصود من كلام بعض فلا سفة المسلمين كالمعتزلة وغيرهم: (إن أحكام الله معللة بالاغراض).

وقد عارضهم الاخرون كالاشاعرة، قالوا بعدم صحة هذا الكلام، لأنه يدل على نقص الشارع وحاجته إلى تشريع الأحكام. ولكن هذا زعم غير دقيق، لأن الأغراض والعلل والحكم والنتائج والمصالح لتشريع الأحكام وتطبيقها، إنما هي بالنسبة للمكلفين بتنفيذ هذه الأحكام دون من شرعها وامر بتطبيقها.

٢- الشرط:

الشرط في اللغة العلامة، ومنه قوله تعالى: ﴿فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا[1]﴾ اي علاماتها.

وفي الاصطلاح الشرعي او القانوني ما يتوقف عليه الشيء وجودا او صفة دون ان يكون جزءاً من حقيقته بحيث يلزم من عدمه العدم ولكن لا يلزم من وجوده الوجود كحضور الشاهدين في عقد الزواج فلا يلزم من الحضور اكمال الزواج لكن يلزم من عدمه عدم صحته عند جمهور الفقهاء[2].

---

[1] سورة محمد / ١٨.

[2] اما عند الشيعة الإمامية فليس شرطا لصحة الزواج.

انواع الشرط من حيث مصدره:

أ- الشرط الشرعي:- وهو وصف ظاهر منضبط جعل الشارع وجوده ضرورياً لانعقاد التصرف او صحته[١] او نفاذه[٢] او لزومه[٣].

ب-الشرط العقلي:- هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء بمقتضى العقل كالحياة للعلم.

ج-الشرط العادي:- هو الذي يتوقف عليه وجود الشيء عادة كنصب السلم لصعود السطح.

د- الشرط القانوني:- هو الذي يكون مصدره القانون كالشروط القانونية لتعيين الموظف في الدوائر وقبول الطالب في الكليات.

هـ- الشرط الجعلي او الشرط اللغوي:- وهو الشرط الذي يكون مصدره ارادة المتعاقدين وعبارة عن جملة شرطية مصدرة باداة من ادوات الشرط مثل شرط كون نفقات تسليم المبيع على البائع[٤].

٢- المانع:

المانع في اللغة العائق وما يكفك عن القيام بعمل، وفي اصطلاح الأصوليين وصف إرادي[٥] إذا اجتمع مع سبب الحكم أبطل مفعوله (تأثيره) وجعله سبباً صورياً، او منع ترتب الحكم على سببه رغم بقائه سبباً حقيقياً.

أنواع المانع:

ينقسم المانع بحيثيات مختلفة الى انواع متعدده منها:-

---

[١] كالنية في الوضوء، فهي شرط لصحة الصلاة.

[٢] مثل كمال: اهلية الانسان لنفاذ تصرفاته.

[٣] كعدم وجود عيب خفي في المبيع في عقد البيع للزومه.

[٤] ينظر في تفصيل الشرط وانواعه مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد ج ٢، ص ٢٧٤. وما بعدها.

[٥] المانع الارادي كقتل الوارث لمورثه بارادته فانه مانع من ان يرث منه.

أ- مانع الحكم:- قد يتحقق السبب الشرعي وتتوافر شروطه ولكن لا يترتب عليه الحكم لوجود مانع بناءً على قاعدة (اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع) كالقتل فانه مانع من الميراث رغم تحقق سببه كالقرابه والزوجية.

ب-مانع السبب:- وهو الذي يكون مبطلاً لاصل السبب وحقيقته بحيث يجعله صوريا كالدّين فانه جعل عند بعض الفقها. مانعا لوجوب الزكاة رغم وجود النصاب، لأن من يملك مليون دينار مثلاً، ويكون مديناً بنفس المبلغ، فلا تجب عليه الزكاة[1].

---

[1] ينظر في تفصيل الموانع مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد ج ٢، ص ٢٥٥. وما بعدها.



الفصل الثالث
المصادر الكاشفة للاحكام الشرعية

سبق أن ذكرنا في الفصل الاول أن القرآن دستور إلهي خالد، عدّل الدساتير الإلهية السابقة، واحتفظ بأمهات أحكامها ألتي لا تختلف بإختلاف الزمان والمكان، وأضاف إليها أحكاما جديدة تتناسب مع نضج العقل البشري.

ومن الواضح أن وظيفة الدستور تصميم بناء الحياة، وتخطيط تنظيمها في قواعد كلية.

وقد صنع القرآن الكريم دائرة من الأخلاق، وأمر في أكثر من خمسين آية قرآنية العقل البشري بأن يتحرك وأن يقوم بارجاع الجزئيات الى تلك الكليات في كل زمان ومكان حسب مستلزمات الحياة ومقتضياتها شريطة أن لا يخرج من تلك الدائرة الأخلاقية، وبذلك نبّهنا القرآن الكريم على أن العقل والنقل صنوان، كل منهما يُكمل الثاني، فالنّقل بدون العقل لا يدفع الإنسان الى إرجاع الجزئيات الى الكليات بصورة واقعية، كما أن العقل وحده قاصر لا يكفي لأداء رسالته على وجه أتم وأكمل.

لهذا بل لأكثر من هذا، إكتشف علماء الإسلام من الأصوليين والفقهاء، طرقاً متعددة، تُساعد المجتهد والمفتي والقاضي على إرجاع الجزئيات والمستحدثات الى تلك الكليات التي هي من الوحي الالهي فلا تقبل الخطأ ولاتعرف التخلف وترفض كل جمود للعقل البشري وكل تقيد بمذهب معين.

ومن أهم تلك الطرق الاكتشافية التي تسمى عند الأصوليين (المصادر التبعية): الاجماع والعرف والسوابق القضائية للخلفاء الراشدين وفقهاء الصحابة التي تسمى (قول الصحابي)، وشرع من قبلنا. فهذه الطرق الأربع (أو المصادر الكاشفة لأحكام

الله) نقلية لانتقالها من الجيل السابق الى الجيل اللاحق كما هي، ونخصص لدراستها مبحث مستقل.

وبالإضافة الى تلك المصادر النقلية، هناك خمسة مصادر عقلية وهي: القياس والاستحسان، والمصلحة، وسد الذرائع، والاستصحاب: ونتناول دراستها في مبحث ثان.

المبحث الأول

المصادر الكاشفة النقلية

ونتاول في هذا المبحث دراستها بإيجاز حسب التسلسل المذكور:

أولاً: الاجماع:

وهو لغة الاتفاق مطلقا. وفي اصطلاح أهل الشرع إتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور على حكم شرعي إجتهادي لسند.

ويؤخذ من هذا التعريف أن الاجتهاد الشرعي يتوقف على توفر ستة عناصر وهي:-

١- أهلية الاجتهاد ولتحقق هذه الأهلية من الضروري توفّر العناصر الثلاثة الآتية:-

أ- فهم روح وجوهر الشريعة الإسلامية وأهدافها.

ب- فهم روح وجوهر الحياة ومتطلباتها.

جـ- فهم جوهر العلاقة بين الحياة والشريعة الإسلامية.

فكل من تتوفر فيه هذه العناصر يكون اهلاً للاجتهاد، سواء كان ذكراً أم انثى، عادلاً أم فاسقاً.

والاتفاق الجماعى لم يتحقق لمجتهد أمة محمد (ﷺ)إلا في عصر الصحابة قبل إنتشارهم في الأقطار الإسلامية، والاجماع إمّا صريح إذا إتفق الجميع على الحكم

قولاً أو عملاً أو قضاءً، وإمّا سكوتي إذا أفتى البعض في الموضوع وسكت الباقون دون معارضة ظاهراً أو باطناً، كما في قضاء سيدنا عمر ﷺ بإيقاف نصيب (المؤلفة قلوبهم) وسكوت بقية الصحابة وعدم معارضتهم.

٢- أن يكون المجتهدون كلهم من أمة محمد.

٣-أن يكون الاتفاق واضحاً بالقول أو العمل أو القضاء بعد فهم الموضوع.

٤- أن يكون الاتفاق بعد عصر الرسالة لأن المتفقين إذا كان معهم الرسول (ﷺ) يكون مصدر الحكم السنة النبوية دون الاجماع، وإن خالفهم فالاجماع لاينعقد ولا يعتد به.

٥- أن يكون الحكم شرعياً سواء أكان دينياً أم دنيويا.

٦- أن يكون للاجماع سند شرعي، وهو إما نص من القرآن أو السنة النبوية أو مصلحة شرعية.

وجدير بالذكر أن الاجماع لايلجأ إليه أو لافائدة فيه عند وجود نص شرعي دال على الحكم المطلوب دلالة قطعية، أما إذا كان محتملا لأكثر من معني أو كان النص ظني الثبوت بأن يكون من أحاديث الآحاد تكون فائدة الاجماع تحديد المعنى المراد من النص الظني الدلالة وصيرورة النص ظني الثبوت دليلاً قطعياً بوساطة الاجماع، كالاجماع على أن لجدة السدس إستناداً إلى قول الرسول(ﷺ) (أعطوا الجدة السدس).

حجية الاجماع:

١- الاجماع الصريح حجة قطعية باجماع علماء الإسلام.

٢- الاجماع السكوتي حجة ظنية.

وفي رأينا المتواضع يكون إتفاق الاكثرية من المجمعين حجة يجوز العمل به.

ثانياً: العرف:

وهو في اصطلاح أهل الشرع مايتكرر إستعماله من فعل أو قول حتى يكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات الشرعية والقانونية [١].

عناصر العرف (مادي ومعنوي).

أ- العنصر المادي: هوالفعل أو القول المتكرر إستعماله.

ب- العنصر المعنوي (النفسي): وهو صفة التقبل والاحترام والالتزام وهذان العنصران من الأركان أما شروط العمل فهي الآتية:-

١-أن يكون صحيحاً، اي لا يُخالف دليلاً من الأدلة الشرعية ولا قاعدة من قواعدها الأساسية.

٢- أن يكون مطرداً فان كان مضطربا بان يطبق في بعض الحالات ويترك في حالات أخرى لايصلح أن يكون مصدراً كاشفاً للحكم.

٣- أن يكون سابقا وجوده على الواقعة التي يطبق فيها ويبنى عليه حكمها.

٤- أن يكون عاماً في الأحكام العامة وخاصاً في الأحكام الخاصة.

٥- أن لا يتفق طرفا العلاقة على العمل بخلاف مقتضى العرف السائد وإلا فيُقدم العمل بالإتفاق على العمل بالعرف.

أنواع العرف:

ينقسم العرف الى أنواع متعددة بحيثيات مختلفة منها:-

أ) من حيث النطاق عام وخاص:

١- العرف العام: الذي لايخص إقليما دون آخر كالاعراف الدولية المعمول بها في جميع الدول، مثل عدم تدخل كل دولة في شؤون دولة أخرى باعتباره مساساً بسياستها.

---

[١] وهذا التعريف من مقترحنا في مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد.

٢- العرف الخاص: وهو مايخص إقليما معينا أو أقاليم محددة كالألبسة الكُردية والعربية وتقديم بعض المهر وتأجيل بعضه.

ب) من حيث النفع والضرر صحيح وفاسد:-

١- العرف الصحيح: هو الذي لايكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة كبيع السلع بالأقساط وضمان الشركات لسلامة البضاعة أو السلعة المبيعة مدة معينة.

٢- العرف الفاسد: هو الذي يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة مثل كشف النساء في هذا العصر لعوراتهن وتبرجهن تبرج الجاهلية الاولى.

جـ) ومن حيث الطبيعة لفظي وعملي:

١- العرف اللفظي: كعرف العرب في إطلاق الولد على الذكر.

٢- العرف العملي:- كتقديم بعض المهر وتأجيل بعضه.

حجية العرف:

العرف الصحيح حجة، للأدلة الآتية:

١- القرآن الكريم: نص القرآن الكريم على تعبير العرف أو المعروف في آيات كثيرة، منها قوله تعالى في بيان الحقوق والالتزامات الزوجية بمقتضى العرف السائد: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ[1]﴾.

أي يجب على كل من الزوجين الوفاء بالتزاماته الزوجية وأداء حقوقه تجاه الآخر في ضوء العرف الصحيح السائد في بلدهما

٢- السنة النبوية: قال الرسول (ﷺ) (مارآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن، وما رآه المؤمنون قبيحا فهو عند الله قبيح).

٣- الاجماع: أجمع الفقهاء والعقلاء على أن العرف الصحيح السائد تجب مراعاته في التصرفات وفي الحقوق والالتزامات.

---

[1] سورة البقرة /٢٢٨.

٤- العقل السليم يقضي بضرورة رعاية الاعراف الصحيحة دوليا وداخليا وأن مخالفتها تعرض المخالف للنقد واللوم والاتصاف بالاهمال والتقصير.

ثالثاً: السوابق القضائية لفقهاء الصحابة:

لأنهم نشأوا في مدرسة الرسول، ووعوا حِكَمَ أحكام القرآن وأسبابَ نزول آياته، إضافة إلى الفهم الصحيح لحل ماهو فيه نفع الفرد أو المجتمع أو كليهما وحرمة كل مافيه ضرر الفرد أو المجتمع أو كليهما.

وفي ضوء هذا الفهم الصحيح أفتوا وقضوا ثم أصبح ذلك مصدرا خصبا لفقه الفقهاء الذين أتوا بعدهم.

ومن تطبيقاته:- قضاء عمر بن الخطاب‎ﷺ في خلافته بايقاف عقوبة السارق إذا دفعته الحاجة الى إرتكاب السرقة. وقضاء عثمان بن عفان‎ﷺ في خلافته بميراث زوجة يطلقها زوجها في مرض موته، لأنه يُتهم بأن الطلاق كان بقصد سيء وهو حرمان الزوجة من الميراث.

وكقضاء الصحابي الجليل عبدالله بن مسعود بأن من مات عن زوجة لم يدخل بها ولم يحدد لها مهراً:- لها الميراث منه ولها مهر مثلها من تركته وقد أجمع جميع فقهاء الشريعة الذين أتوا من بعدهم على أن هذه السوابق القضائية وغيرها حجة يجب على القاضي والمفتي أن يعمل بمقتضاها.

رابعاً: شرع من قبلنا:

اي الشرائع الإلهية التي نزلت على الرسل قبل رسالة محمد كشريعتي موسى وعيسى عليهما السلام ما لم تكن مُحرّفةً.

ومن المؤسف أن نرى أن علماء أصول الفقه خصصوا في مؤلفاتهم مساحات واسعة لخلافاتهم وأدلتهم حول حجية تلك الشرائع بالنسبة للمسلمين.

وفي رأينا المتواضع أن الخلاف في هذا المصدر الكاشف ضياع للعمر والوقت والحبر والورق، لأن المسألة واضحة وضوح الشمس في نصف النهار، بعد أن بيّن لنا القرآن أن شريعة كل رسولٍ سابقٍ خاصةٌ بأمته، وأنّ الدين مشترك بين جميع الأسر البشرية

حيث قال سبحانه وتعالى في التمييز بينهما:

أ- ﴿.. لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً[1]...﴾.

ب- وقال في عمومية الدين وهو الايمان بالله ومايتفرع عنه من المغيبات وإشتراك جميع الناس فيه في كل زمان ومكان ووجوب العمل بمقتضاه: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ...[2]﴾.

وقال ﴿قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْاْ إِلَى كَلَمَةٍ سَوَاء بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلاَّ نَعْبُدَ إِلاَّ اللّهَ وَلاَ نُشْرِكَ بِهِ شَيْئاً وَلاَ يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضاً أَرْبَاباً مِّن دُونِ اللّهِ فَإِن تَوَلَّوْاْ فَقُولُواْ اشْهَدُواْ بِأَنَّا مُسْلِمُونَ[3]﴾.

وبعد هذا الايضاح من القرآن الكريم في التمييز بين الشريعة التي هي خاصة بامة كل رسول وبين الدين الذي هو مشترك بين جميع الناس مادامت الحياة باقية على كوكب الأرض، فلا مبرر لتلك الخلافات في كتب أصول الفقه رغم عدم وصولهم الى دليل مقنع. وحكمة هذا التمييز هو أن الشريعة تنظم الحياة الدنيوية وأن الدين ينظم الحياة الأخروية. وكل ماذكر في القرآن الكريم بالنسبة للدين من الشرائع السابقة فهو شرع لنا بلا خلاف.

---

[1] سورة المائدة /٤٨
[2] سورة الشورى/١٣
[3] سورة آل عمران /٦٤

المبحث الثاني
المصادر الكاشفة العقلية

أهم المصادر الكاشفة العقلية التي مصدر إدراكها عقل الإنسان: القياس، والاستحسان، والمصلحة، وسد الذرائع، والمصالح.

أولاً: القياس:

التعريف الحقيقي للقياس في رأينا المتواضع هو إرجاع المستحدثات الجزئية الى كليات القرآن والسنة النبوية المعقولة المعاني (أي التي يدرك العقل عللها وغاياتها وحكمها).

أما الكليات التعبدية فلا يجوز فيها القياس وعلى سبيل المثل تخصيص شهر رمضانَ المبارك بالصيام حكم تعبدي فلايجوز نقل هذا الصيام الى شهر آخر عن طريق القياس.

ولكن يجوز قياس حرمة إحراق مال اليتيم على أكله بجامع الضرر في التحريم، لإدراك عقل الإنسان لحكمة هذا التحريم، وهي حماية حقوق اليتيم التي لا يتمكن أن يدافع عنها بنفسه، كما جاء في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً [1]﴾

وعرّفه علماء أصول الفقه بانه إلحاق واقعة لم يرد بشأنها نص بواقعة أخرى منصوص عليها بنص خاص في الحكم لمشاركتهما في علة هذا الحكم.كقياس الموصى له القاتل للموصي، والموهوب له القاتل للواهب على الوارث القاتل لمورّثه في حرمان الأول من الوصية والثاني من الهبة والثالث من الميراث لعلة مشتركة وهي (من إستعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه) وبنوا على هذا التعريف قولهم بأن:

---

[1] سورة النساء/١٠.

أركان القياس الشرعي أربعة وهي:

١- المقيس عليه: كالوارث القاتل لمورثه.

٢- المقيس: كالموصى له القاتل للموصي والموهوب له القاتل للواهب.

٣- العلة المشتركة: وهي الاستعجال في الحصول على مال قبل حلول وقته.

٤- الحكم: وهو الحرمان الثابت في المقيس عليه بنص خاص ونقله إلى المقيس عن طريق القياس.

وقد خصص علماء أصول الفقه في مؤلفاتهم والباحثون في بحوثهم مساحات واسعة لاستعراض الأدلة على حجية القياس من القائلين بها كالجمهور، وعدم حجيته من الرافضين لهذه الحجية كالشيعة الإمامية والظاهرية.

وقد خصص أكبر فقيه تقدمي وهو ابن قيم الجوزية (رحمه الله) زهاء ٣٠٠ صحيفة من كتابه (إعلام الموقعين) لاستعراض تلك الأدلة وهذه الجهود من العلماء والفقهاء مع تقدير مكانتهم العلمية تعد من ضياع العمر والوقت اللذين لا يعوضان أبداً وكل ذلك كان مبنياً على أساس خلطهم بين كون القياس حجة كاشفة لحكم الله وبين كونه حجة منشئة.

لأننا إذا إعتبرناه حجة كاشفة فلامبرر للخلاف في هذه الحجية اما اذا اعتبرناه حجة منشئة للحكم فان من البديهات أن الأحكام الشرعية مصدرها هو الله كما قال تعالى: ﴿..إِنِ الْحُكْمُ إِلاَّ لِلَّهِ[1]..﴾.

انواع القياس:

ينقسم القياس من حيث قوة وضعف العلة المشتركة الى القياس الأولى، والقياس المساوي، والقياس الأدنى:-

١- القياس الأولى: هو أن تكون درجة العلة المشتركة في المقيس أقوى منها في المقيس عليه كقياس ضرب الوالدين على التأفيف في التحريم الثابت بقوله تعالى: ﴿فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيماً[1]﴾.

---

[1] سورة يوسف/٤٠

والعلة المشتركة بين المقيس والمقيس عليه هي إيذاء قلوب الوالدين إيذاءً ماديا أو معنويا. ومن الواضح أن الايذاء في الضرب أقوى شدة منه في التأفيف والضجر.

٢- القياس المساوي: وهو أن تكون العلة المشتركة متساوية كقياس إحراق مال اليتيم على أكله في التحريم بجامع الضرر ومن الواضح أن الضرر في كلتا الحالتين متساو في الحجم والمقدار.

٣- القياس الأدنى: وهو أن تكون العلة في المقيس أدنى قوة من المقيس عليه كقياس أبي حنيفة (رحمه الله) جواز زواج البنت البالغة العاقلة الرشيدة بدون اذن وليها قياسا على صحة تصرفها في مالها الخاص كبيع سيارتها الخاصة مثلا بدون إذن وليها.

ومن الواضح أن موضوع الزواج يختلف عن موضوع التصرف في المال الخاص لان الاول يتعلق بسمعة أسرة البنت بقرينة أن الإمام أبا حنيفة (رحمه الله) نفسه قال (وتنسب اليها الوقاحة) ثم إن للولي حق التربية عليها وهو ذلك.

ثانياً: الاستحسان:

وهو أستثناء بعض الجزئيات من قاعدتها الكلية رعاية لمصلحة أو ضرورة أو عرف صحيح.

ومن تطبيقاته:-

١- أن القاعدة العامة في قانون الخدمة المدنية أو العسكرية أن الموظف الحكومي أو المكلف بخدمة عامة لايستحق المرتب التقاعدي إلا ان يكون له خدمة فعلية لاتقل عن خمس عشرة سنة مثلا.

ويستثنى من هذه القاعدة رعاية للمصلحة من إستشهد أثناء أداء واجبه من جرائه وهو يعمل لمصلحة عامة كالجيش الشعبي في النظام السابق في العراق وبيشمه ركه في كوردستان العراق.

---

[١] سورة الاسراء/٢٣.

ب- القاعدة العامة في أهلية الزواج إكمال الثامنة عشرة من العمر، لكن جاز شرعاً وقانوناً على أساس الاستحسان والاستثناء من القاعدة العامة، زواج من أكمل الخامسة عشرة، بالنسبة لبنت تتوافر فيها القابلية البدنية، بإذن وليها والقاضي، كما في حالة تركها الدراسة وعدم وجود معيل متمكن يُنفق عليها.

ثالثاً: المصلحة:

وهي المنفعة المستجلبة والمفسدة المستدرأة، سواء أكانت عامة أم خاصة مادية أم معنوية، دنيوية أم أخروية.

وهذا المصدر العقلي يعد من أهم طرق إكتشاف أحكام الله وتتغير الأحكام المبنية عليها حسب تغيّرها في كل زمان ومكان.

وأهمية المصلحة المشروعة تتجلى في أن القرآن الكريم حصر أهداف الرسالة المحمدية في تحقيق مصالح الناس المشروعة، عامة كانت أم خاصة في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ[1]﴾ والرحمة في هذه الآية هي المصلحة البشرية لأن الله تعالى غني مطلق عن طاعة الإنسان، فلو إستغرق وقته في العبادة والطاعة لمازاد مثقال ذرة من عظمته، وكذا لو أفنى الإنسان عمره كله في الضلال والزندقة والالحاد، لما نقصت ذرة من عظمته، فكل أمر من الله إنما هو لنفع المأمور به وكل نهي عن شيء ليس الالاستبعاد الضرر عنه.

أقسام المصلحة:

قسّم علماء الإسلام للمصلحة بحيثيات مختلفة إلى أقسام متعددة كما يلي:

ا- من حيث الاعتبار وعدمه، قُسّمت المصلحة الى المعتبرة وغير المعتبرة والمرسلة.

١- المصلحة المعتبرة: هي التي نص الشارع على إعتبارها ورعايتها في الأحكام كمصلحة حماية الارواح في إيجاب القصاص على الجاني في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ[2]﴾.

---

[1] سورة الانبياء/١٠٧

[2] سورة البقرة/١٧٩.

٢- المصلحة غير المعتبرة:- وهي التي نص الشارع على إلغائها في باب الأحكام، كمصلحة الغشاش في كسب الأرباح عن طريق الغش. قال الرسول(ﷺ) ((مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا)).

٣- المصلحة المرسلة (أو المطلقة):- وهي التي لم يرد بشأنها نص على إعتبارها أو عدم إعتبارها كمصلحة تنظيم المرور في العصر الحديث لحماية الأرواح والأموال، ومصلحة تنظيم الرسوم الكمركية حماية للمصلحة الاقتصادية الوطنية.

وفي رأينا المتواضع أنّ هذا التقسيم الثلاثي غير وارد في شرع الله، لأن هذاالنوع الأخير إذا كان من شأنه أن يخدم المصالح المعتبرة يُعدّ منها كالمصالح المكملة لها، وإذا كان من شأنه أن يساعد على تحقيق المصالح غير المعتبرة، فيكون منها وبناء على ذلك لامبرر لهذا التقسيم التقليدي القديم.

فالمصلحة قسمان إما معتبرة أو غير معتبرة في شرع الله ولاثالث لهما.

ب- من حيث الأهمية قسم علماء الإسلام المصلحة المعتبرة الى الضرورية والحاجية والتحسينية:-

القسم الأول: المصالح الضرورية: هي المقاصد الرئيسة للشريعة الإسلامية، ووجه كونها ضرورية، هو أنّ كل مجتمع إذا تخلفت فيه مصلحة من المصالح الضرورية يختل نظام هذا المجتمع، سواء أكان مجتمعا إسلاميا أم غير إسلامي.

وقد قُسّمت المصلحة الضرورية عند علماء أصول الفقه وغيرهم الى خمسة أنواع وهي: حماية الدين، وحماية النفس ومادون النفس، وحماية النسب والعرض، وحماية الأموال، وحماية العقول.

أولاً: حماية الدين: من الضروري إعتناق كل إنسان للاسلام الذي هو آخر دين إلهي نزل للمصلحة البشرية، والالتزام بهذا الدين من ضروريات حياة كل إنسان، لأن من لا دين له لا إلتزام له، ومن لم يكن ملتزما لايكون صالحا لأن يكون عضوا في مجتمعه، ولا أهلا لتحمل أية مسؤولية دنيوية.

ثانياً: حماية الحياة: والحياة وصحتها من الضروريات للانسان لأداء رسالته تجاه ربه ونفسه والمجتمع فهذا الأداء يتوقف على إستمرارية الحياة وسلامة الجسد.

ثالثاً: حماية العرض: من ضروريات حماية كرامة الإنسان وشرفه وأخلاقه. وقد قيل:

وإنّما الأمم الأخلاق ما بقيت فإن همو ذهبت أخلاقهم ذهبوا

رابعاً:- حماية الأموال:- وهي من ضروريات إستمرارية الحياة ومن مقوّماتها الرئيسة.

خامساً: حماية العقول:- لان العقل ميزة وحيدة تميّز الإنسان من الحيوانات، فالإنسان والحيوان يشتركان في كل شيء من مقوّمات الحياة، الا العقل وبه يتقدم الإنسان ويطوّر حضارته، ويؤمّن سعادته.

القسم الثاني: للمصالح الحاجية:- وهي تلي في الأهمية المصالح الضرورية في حياة الإنسان كالحاجيات التي تساعده على حماية المصالح الضرورية فكل مايدخل في العالم التكنلوجي يُعدّ من المصالح الحاجية، وجميع وسائل المواصلات البرية والبحرية والجوية وطرق الاتصالات السلكية واللاسلكية وعلاقات الشعوب والاستفادة من الخبرات المتبادلة وإحترام النظام الداخلي والدولي ونحو ذلك كلها تُعدّ من المصالح الحاجية.

القسم الثالث: للمصالح التحسينية:- وهي تلي في الأهمية المصالح الضرورية والحاجية.

ومن تطبيقاتها العملية في هذا العصر السفرات السياحية للراحة النفسية والزيارات المتبادلة بين الأقارب والأصدقاء لتقوية الصلة، وزيارة المرضى وتقديم الهدايا بالمناسبات والتحيات المتبادلة عند اللقاءات والاستمرار على الرياضة النفسية والجسمية والحفاظ على النظافة وحماية البيئة من التلوث ونحو ذلك كلها تعد من المصالح التحسينية.

وجدير بالذكر أننا لا نجد في المراجع التي تناولت هذه التقسيمات معيارا موضوعيا للتمييز بينها فكم من المصالح الحاجية أصبحت من ضروريات الحياة، وكم

مما كانت من التحسينات أصبحت اليوم -بمقتضى تطور الحياة- من الضروريات اوالحاجيات.

وبناءً على هذه الحقيقة فان توصيف المصلحة بأنها من الضروريات أو الحاجات أو التحسينات خاضع للظروف وتطورات الحياة في كل زمان ومكان.

رفع التعارض بين المصالح المتعارضة:

إذا وقع تعارض بين مصلحتين يرفع في ضوء المعايير الآتية:-

١- إذا تعارضت مصلحة الدين مع مصلحة الحياة تقدّم الاولى على الثانية لأهمية الدين والعقائد في حياة الإنسان، لذا شرع الجهاد للدفاع عنه.

٢- إذا تعارضت مصلحة الحياة مع مصلحة حماية العرض تقدم الثانية على الأولى، لأن الاخلال بها يمس كرامة الإنسان وشرفه وقيمه وأخلاقه.

٣- إذا تعارضت مصلحة الحياة مع مصلحة حماية المال تقدم الأولى على الثانية لأن الثانية تُعوّض بعد فواتها، بخلاف الأولى، لذا تكون رعاية حماية الأرواح أولى من رعاية حماية الأموال.

٤- عند التعارض بين المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية تقدم الأولى على الثانية والثالثة، وتقدم الثانية على الثالثة حسب الأهمية.

٥- في التعارض بين المصلحة العامة والخاصة تُقدّم الأولى، لأن الخاصة تتحقق ضمن العامة ولو كان هذا التحقق بنسبة جزئية، بخلاف الثانية لأن المصلحة الخاصة لا تستلزم غالباً تحقيق المصلحة العامة.

٦- في حالة تعارض المصلحة المحققة والاحتمالية تقدم الأولى لذا تقدم مصلحة الزوجة في الحكم بوفاة زوجها المفقود بعد مدة يحددها الشرع أو القانون لأن بقاء الزوج في الحياة أمر مشكوك فيه.

٧- اذا تعارضت منفعة ومضرة (مفسدة) فان كانتا متساويتين في الدرجة أو كانت المفسدة أكثر من المصلحة يقدم درء المفسدة على جلب المصلحة. أما إذا كانت المصلحة أهم من درء المفسدة فانها تقدم رغم وجود المفسدة كالحكم على الجاني بعقوبة سالبة للحرية.

ومن الواضح أن في عقوبة الجاني ضرره وضرر أسرته وقد يكون فيها ضرر المجتمع بأن يكون المحكوم عليه طبيبا أو استاذا جامعيا غير أن مصلحة هذه العقوبة أهم وأكثر من ضررها وذلك لحماية الأرواح والأموال والأمن والاستقرار.

٨- إذا تعارضت مفسدتان، يُختار أهونهما شراً، لدرء أشدّهما ضرراً، لذا يجوز في الشرع والقانون قطع الرجل المصابة بالسرطان، لأن مفسدة ومضرة إنتشاره في الجسم كله أكثر وأخطر.

أهمية المصلحة:

للمصلحة أهمية كبيرة في المجالين الشرعي والقانوني لأن القانون يُشرّع ويُعدّل ويُلغى على أساس رعاية المصلحة، ولأن النصوص الغامضة في الشرع والقانون يمكن إزالة غموضها في ضوء المصلحة.

رابعاً: الذرائع فتحها وسدها:

الذرائع جمع ذريعة وهي لغة الوسيلة وفي الإصطلاح الشرعي والقانوني إعطاء الوسيلة حكم غاياتها على أساس أن الاعتداد يكون بالنوايا والمقاصد والنتائج.

وقد وردت هذه القاعدة العامة على لسان الرسول(ﷺ) في قوله (إنما الاعمال بالنيات) كما وردت في القاعدة الشرعية والقانونية (العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني).

أقسام الذرائع:

تنقسم الذرائع من حيث مقاصدها الى أربعة أنواع:-

١- مشروعية الوسيلة والغاية معاً. كمنح الجوائز للطلبة الأوائل لغرض المنافسة في التفوق العلمي فتجب على الدولة فتح هذه الذريعة لانها تخدم المصالح العامة والخاصة.

٢- عدم مشروعية الوسيلة والغاية معا كصنع أسلحة الدمار الشامل للاعتداء بها على الغير فيجب على الدول في العالم كافة مكافحة صنع هذا السلاح وسده.

٣- وسائل غير مشروعة في ذاتها ومشروعة في غاياتها كوسيلة عقوبة الجاني فهي غير مشروعة في ذاتها لأنها ضرر كما ذكرنا ولكنها مشروعة من حيث الغاية السامية التي تحققها وهي حماية مصالح المجتمع في أرواحه وأمواله وأعراضه وأمنه. لذا أقرتها الشرائع الالهية والقوانين الوضعية مشروعيتها وتشريع العقوبات وتطبيقها من القاضي وتنفيذها من السلطة التنفيذية.

٤- الوسيلة مشروعة في حد ذاتها ولكنها غير مشروعة بالنظر إلى غايتها كتقديم شخص هبة الى إمرأة بقصد بناء العلاقة غير المشروعة معها أو لغرض إستمرارية هذه العلاقة، لذا أقرّت الشريعة والقانون بطلان هذه الهبة.

خامساً: الاستصحاب:

وهو لغة:- مأخوذ من المصاحبة. وفي الاصطلاح إستدامة حكم سابق في زمان لاحق بناءً على عدم ثبوت مزيله.

أنواعه:

ينقسم الاستصحاب من حيث الأساس الى الانواع الأربعة الآتية:-

١- **إستصحاب الاباحة الاصلية للاشياء النافعة:-** إستنادا الى آيات قرآنية كثيرة منها قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً[1]﴾ وجه الدلالة أن اللام في قوله (لكم) للنفع أي أن فلسفة خلق خيرات الأرض هي المصلحة البشرية من المنفعة المستجلبة. وينبني عليها أن جميع مافي الأرض على ظهرها أوباطنها مشتركة بين الاسرة البشرية على أساس الاباحة الأصلية لاعلى أساس الشيوعية، لأن الثانية لا تكون الا بعد تحقق الملكية.

٢- **إستصحاب حكم البراءة الأصلية:-** من البدهي أن الإنسان حين يولد تكون ذمته بريئة من كل إلتزامات مدنية وجنائية، وله قبل الولادة أهلية الوجوب الناقصة (صلاحية كسب بعض الحقوق التي لاتحتاج الى القبول) وبعد الولادة له

---

[1] سورة البقرة /٢٩.

أهلية الوجوب الكاملة (وهي الصلاحية لأن يكون له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات) كوجوب نفقة أقاربه عليه من الفقراء إذا كان له مال.

وإذا أتهم بأنه مدين للغير أو أنه إرتكب جريمة فعلى القاضي أو المفتي أن يعتبره أنه لاتزال ذمته بريئة عن تلك التهمة إستصحابا للأصل حتى يثبت خلاف ذلك.

٣- إستصحاب حكم ثابت بسبب شرعي أو قانوني حتى يثبت زوال هذا السبب:
وعلى سبيل المثل من تزوجت من رجل ثم بعد مدة طلبت تزويجها من زوج آخر أمام القضاء، فعليها أن تثبت أن الزوج الأول قد توفي أو طلقها وإنتهت عدتها وبخلاف ذلك على القاضي رد الدعوى وعدم تنفيذ طلبها لأن المفروض أن السبب السابق (الزواج) لايزال مستمراً إستصحاباً.

وكذا من تملك مالا بطريقة مشروعة تستمر هذه الملكية إستصحابا حتى يثبت زوالها بالبيّنة.

٤- إستصحاب الصفة الأصلية:- وهذا النوع الأخير من إستنتاجاتي ولم أطلع على مرجع أصولي يتطرق له صراحة

ومن الواضح أن لكل شيء صفات أصلية وصفات عرضية فالأصل في الصفات الأصلية هو البقاء إستصحابا، كما أن الأصل في الصفات العارضة هو عدمها. وبناء على ذلك لايثبت وفاة المفقود إلا بالبيّنة أو مرور زمن يحدده الشرع أو القانون لأجل الحكم بوفاته لأن حياته صفة أصلية فالأصل بقاؤها استصحاباً لكن الوفاة صفة عارضة مشكوك فيها فالأصل عدمها وبني على هذا القسم قاعدة (اليقين لايزول بالشك)، وقاعدة (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) لأن الأول يدعي خلاف الأصل والثاني مع الأصل.

أهمية الاستصحاب:

للاستصحاب أهميةكبيرة في العمليات القضائية لأن القضاء يعتمد عادة على حجية الاستصحاب في المرافعات المدنية والجزائية والاجراءات القضائية منذ بداية النظر في الدعوى الى صدور الحكم لذا يطلب من المدعي البينة المقبولة لأن الأصل

براءة الذمة لكن يكتفى بيمين المدعى عليه في حالات غياب البينات لأنه مع الأصل، وإذا حصل الخلاف بين المتعاقدين في وقت حدوث عيب خفي في محل العقد فعلى القاضي أن يُرجّح جانب الذي يدّعي سلامة المبيع مثلاً، لأن العيب عارض والأصل عدمه ولأن العارض ينسب الى أقرب أوقاته على أساس أن الأصل عدمه.

وعند الخلاف بين الدائن والمدين في وفاء الدين وعدمه يُرجّح إدعاء الطرف الذي يدعي عدم الوفاء مالم يثبت خلاف ذلك لأن الأصل بقاء الذمة منشغلة بالدين.

وكذلك للاستصحاب أهمية كبيرة في الاجتهادات والفتاوى بصدد الحل والحرمة للاشياء النافعة لأن الأصل فيها الاباحة مالم يثبت وجود نص يُحرّمه ويمنعه [1].

---

[1] للاطلاع على المزيد في المصادر الكاشفة المذكورة يراجع مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد/ الجزء الاول.



الفصل الرابع

الفقه. الفقهاء. الاجتهاد. التقليد

نتناول في هذا الفصل بإيجاز التعريف بالفقه وفقهاء الشريعة، والاجتهاد والتقليد، موزِّعين هذه الدراسة من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث، يخصص الأول لنشأة الفقه وتطوره، والثاني للتعريف بأئمة المذاهب الفقهية الإسلامية، والثالث للتعريف بالاجتهاد والتقليد.

المبحث الأول
الفقه نشأته وتطوره

الفقه لغة: الفهم. وفي الاصطلاح الشرعي:- الأحكام الشرعية العملية المستنبطة من أدلتها التفصيلية (المعينة) .

ويُعد الفقهُ من صفات تصرفات الإنسان وهي: الوجوب، والندب، والحرمة، والكراهة، والاباحة. لأن الحكم الشرعي: هو مدلول خطاب الله المتعلق بتصرفات الإنسان المكلف على وجه الاقتضاء، أو التخيير.

نشأة الفقه:

نشأ الفقه مع نشأة النصوص، لأن كل حكم منصوص عليه مباشرة، كما في القرآن والسنة النبوية، أو بصورة غير مباشرة، كما في المصادر الكاشفة، يُسمّى فقهاً، بعد إستخراجه وإبرازه للتطبيق والعمل به غير أن الحكم المأخوذ من نصوص القرآن مباشرةً يُسمى فقه القرآن، والمأخوذ من السنة النبوية مباشرة يُسمّى فقه السنة، والمأخوذ من المصادر الكاشفة يُسمّى فقه الاجتهاد.

طريقة فقهاء الصحابة في إستخراج الأحكام:

كان الفقيه الصحابي إذا أراد حكما لتصرف أو واقعة يراجع القرآن الكريم أولاً، المنبع الأول الأصل الأصيل، فإن لم يجد فيه لجأ الى السنة النبوية، فإن لم يجد فيها، إستخدم مصدراً من المصادر الكاشفة واجتهد واستعمل رأيه عن طريقها للوصول الى حكم الله.

الطابع العام لفقه الصحابة:

١- كانت مصادر فقه الصحابة القرآن والسنة ثم الاجماع ثم الرأي.

٢- كان فقهاً واقعياً حيث ساروا على نهج كانوا يتبعونه في عهدهم فلا يبحثون عن حكم تصرف أو واقعة إلا بعد الوقوع.

٣- كان فقههم معلّلاً بعللٍ وحكمٍ مأخوذه من القرآن والسنة.

٤- كان إجتهاهم فيما لانص فيه فسيحاً مجاله متسعاً علاجه لحاجات الناس ومصالحهم.

أسباب إختلاف فقهاء الصحابة:

يمكن إرجاعه الى الأسباب الرئيسة الآتية:

١- الاختلاف في الثقة بما يروى عن الرسول(ﷺ) بعده، فمنهم من كان يعمل بحديث الراوي، لثقته به ومنهم من لايثق به فلا يعمل بما يرويه.

٢- عدم كونهم على مستوى علمي واحد.

٣- إختلافهم في الجرأة على الاجتهاد والأخذ بالرأي.

٤- تأثرهم بالأعراف والعادات المحلية بعد إنتشارهم في الأقطار الإسلامية.

أسباب قلة إختلاف فقهاء الصحابة:

١- سهولة إتصال بعضهم ببعض في صدر الإسلام والاتفاق على رأي واحد.

٢- إستخدام نظام الشورى في أحكام القضايا المهمة.

٣- قلة الوقائع والمشاكل في عصرهم قبل إتساع رقعة الدولة الإسلامية.

٤- قلة رواية الحديث التي أصبحت بعدهم من أسباب إختلاف الفقهاء من حيث تفسير الحديث والثقة بالراوي.

٥- عدم التسرع في الاقدام على الرأي فكل إجتهاد منهم كان مسبوقاً بالتروي ودقة دراسة الموضوع المعنيّ بالحكم[1].

---

[1] ينظر مؤلفنا أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية /ص١٦ ومايليها.

تطور الفقه:

نشأ الفقه في عهد الرسالة، ثم مرّ بتطور حتى وصل الى قمّته، ثم أصيب بانتكاسة وجمود، كما في الايضاح الآتي:

اولاً: الفقه الإسلامي في عصره الذهبي:

تعتبر الفترة الممتدة من القرن الثاني الهجري الى منتصف القرن الرابع الهجري من أزهى عصور الفقه الإسلامي حيث بلغ ذروته في الدقة وقمته في الاتساع وأصبح له مناهج واضحة وطرائق مرسومة محدودة.

ميزان الفقه في عصره الذهبي:

١- نهوض الفقه نهضة رائعة حيث وصل الى درجة النضج والكمال فلم يترك أمراً ذا صلة بالإنسان سواء على النطاق الفردي أو النطاق الجماعي الا وقد تعرض لبيان حكمه.
٢- ظهور نوابغ من الفقهاء ألذين اعترف لهم الجمهور بالزعامة، ونشأت مذاهب فقهية جماعية.
٣- إزدهار تدوين الفقه لمختلف المذاهب.
٤- اتساع نطاق الفقه الافتراضي[١] وبوجه خاص في فقه أبي حنيفة (رحمه الله).
٥- ظهور المصطلحات والقواعد الفقهية.
٦- اتساع نطاق الخلاف بين الفقهاء في مسائل الفروع.

عوامل النهضة الفقهية:

١- عناية الخلفاء العباسيين- بعكس الأمويين- بالفقه والفقهاء.
٢- ظهور كبار المجتهدين وحريتهم في ممارسة الاجتهاد.
٣- كثرة الوقائع بعد أن إتسع إقليم الدولة الإسلامية.

---

[١] وهو إحضار الحكم لما يحدث في المستقبل.

٤- دخول عدد كبير في الإسلام من غير العرب في البلاد ذات الحضارات القديمة كالفرس والروم وكان لهؤلاء علم بالفلسفة والمنطق والديانات السابقة.
٥- تأثر فقهاء الشريعة بثقافات أمم إعتنقت الإسلام.
٦- إزدياد نشاط حركة التدوين والترجمة لمختلف العلوم وظهور ترتيب وتبويب الابواب الفقهية.
٧- إزدياد المناقشات والمناظرات وتبادل وجهات النظر، فأدّى كل ذلك الى توسيع دائرة الحركة الاجتهادية وتكوين آراء فقهية قيّمة.

ثانياً: أسباب إنتكاسة وجمود الفقه الإسلامي:

العوامل التي أدت الى إنتكاسة الفقه الإسلامي بعد نهضته كثيرة، منها:
١- الضعف السياسي في الدولة العباسية أدى الى ضعف روح الاستقلال في التشريع عند العلماء المسلمين.
٢- إلتزام كل عالم فقهي بمذهب إمامه بحيث أخذ كل تلميذ لائمة المذاهب الفقهية يدافع عن مذهبه ويتعصب للمدرسة التي ينتمي إليها.
٣- حلول المذهب الفقهي محل الشريعة الإسلامية من الناحية العملية واستمر ذلك الى عصرنا هذا بحيث أصبحت النصوص الفقهية كنصوص الشارع.
٤- الاعتماد على الآراء الفقهية المدوّنة فأصبح علماء كل مدرسة من المدارس الفقهية عالة على فقه أئمتهم واتبعوه جملة وتفصيلا.
٥- انحسار جهد العلماء في اختصار الكتب الفقهية وشرحها والتعليق عليها بالحواشي أو الاعتراضات.
٦- التعصب للمذهبي وعدم الجرأة على إستنباط الأحكام من ينابيعها الأصلية.

المبحث الثاني
ائمة المذاهب الفقهية المدونة

نتناول في هذا المبحث بإيجاز أهم رؤساء المذاهب الفقهية المدونة والمتداولة في العالم الإسلامي حسب تسلسلهم التاريخي:

١- الإمام جابر الاباضي (٢١- ٩٣هـ) هو الإمام جابر بن زيد الأزدي الاباضي المؤسس الأول لمذهب الاباضية الذي هو أقدم المذاهب الفقهية من حيث النشأة فهو عماني الأصل ومن كبار التابعين وأقام بالبصرة ودرس على كبار فقهاء الصحابة منهم عبدالله بن مسعودوأنس بن مالك وغيرهما.
والاباضية فرقة معتدلة من الخوارج وهي أقرب بها الى الجمهور المعتدل رأيا وتفكيرا واشتهر هذا المذهب بالاباضية نسبة الى عبدالله بن اباض التميمي إعترافا بدوره وتطويره لهذا المذهب ووضع أسسه.
وقد عرف هذا المذهب بالاعتدال فهو لم يقف في النزعة الفقهية عند ظاهر النصوص كالظاهرية، ولم يتوسع في الأخذ بالرأي كالحنفية.
أهم مصادر فقهه:- الكتاب ثم السنة ثم الاجماع ثم العقل.

٢- الإمام زيد (٨٠- ١٢٢هـ): هو زيد بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه . مؤسس مذهب الزيدية ولد في بيت النبوة من أسرة تحمل لواء علم الشريعة والتقوى والصلاح. وتلقى علومه من أبيه وأخيه محمد الباقر، وعبدالله بن الحسين وكثير من فقهاء التابعين.
أهم مصادر فقهه: الكتاب والسنة والقياس والعقل.

٣- الإمام جعفر الصادق (٨٠- ١٤٨ هـ):- هو عبدالله جعفر الصادق بن محمد الباقر بن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب. ويعتبر أكبر

أئمة الشيعة الاثنا عشرية في عهد تابعي التابعين وكان من سادات أهل البيت ولقب بالصادق لصدقه.

نشأ في بيت المجد والعلم وعاصر جمهرة كبيرة من فقهاء التابعين.

مصادرفقهه:- الكتاب والسنة وهي عندهم ماصدر عن المعصوم من الرسول(ﷺ) والائمة المعصومين بشأن التشريع ثم إجماع الطائفة ثم العقل.

٤- الإمام أبو حنيفة (٨٠- ١٥٠هـ):- هو نعمان بن ثابت بن زوطي بن جاه. فارسيّ الأصل وكان جده من أهل كابل. ويعتبر من أتباع التابعين. ولد بالكوفة واحترف تجارة الخزّ، ثم إنصرف الى العلم فعاش بقية حياته متعلما وفقيها عظيماً ومؤسسا للمذهب الحنفي. وكان أبو حنيفة (رحمه الله) ذا شخصية قوية لامعة وقد أثرت عوامل ذاتية وخارجية في تكوين شخصيته الفقهية ومن أهم تلك العوامل:-

أ- صفاته الذاتية التي جبل عليها.

ب- شيوخه الذين التقى بهم وتلقى منهم العلم، فرسموا له الطريق التي سلكها في منحاه الفقهي.

جـ- حياته الشخصية وتجاربه في أدوار حياته، وصلته الوثيقة بالمجتمع الذي عاش فيه.

د- بنيته الفكرية التي ترعرت مواهبه في رحابها. إضافة الى تأثره باستاذه حماد بن أبـي سليمان حيث لازمه زهاء (١٨) عاماً في مدرسة الكوفة.

ومن أهم مصادر فقهه:- القرآن، والسنة، والاجماع، والقياس، والعرف، والاستحسان، والمصلحة، وقول الصحابي.

٥- الإمام مالك (٩٣- ١٧٩هـ):- هو مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي [١] من أهل المدينة المنورة طلب العلم من أئمة مدرسة الحديث [٢] . ومن شيوخه عبد الرحمن بن هرمز وعبد الرحمن المعروف بربيعة الرأيمارس التدريس والفقه

---

[١] نسبة الى الأصبح وهي قبيلة من اليمن.

[٢] التي كان مقرها المدينة المنورة، كما أن مقر مدرسة الرأي كان الكوفة.

في المدينة المنورة وهو إبن (١٧) سنة وكان يجلس في مسجد رسول الله(ﷺ) ويشير الى قبره الشريف عند قراءة الحديث.

ومصادر فقهه: القرآن، والسنة النبوية، والاجماع، والقياس، والاستحسان، والمصلحة، والذرائع، والعرف، وقول الصحابي. وعمل أهل المدينة (أي إجماعهم)

.

٦- الإمام الشافعي (١٥٠- ٢٠٤ هـ): هو ابو عبد الله بن محمد بن ادريس بن العباس بن شافع الشافعي بن للطلب بن عبد مناف _ وهو الجد الرابع لرسول(ﷺ) والجد التاسع للإمام الشافعي.

ولد بغزة بعد أن ذهب إليها أبوه فتوفي فيها وبعد سنتين من ميلاده حملته أمه إلى موطن آبائه مكة.

وأخذ فقه العراق في بغداد من محمد بن الحسن الشيباني تلميذ أبي حنيفة، كما أخذ فقه الإمام مالك.

ومصادر فقهه:- القرآن، والسنة، والاجماع، والقياس، والعرف، والاستصحاب، وقول الصحابي.

ونزعته الفقهيه كانت وسطاً بين نزعتي أهل الحديث وأهل الرأي، لأنه زاوج بين إتجاه الإمام ابي حنيفه واتجاه الإمام مالك. وفقهه في العراق يسمى القول القديم ثم لما ذهب الى مصر وتأثر بالبيئة، تراجع عن أقواله السابقه وأسس مدرسة جديدة وفقهاً جديداً سمي المذهب الجديد.

٧- الإمام أحمد بن حنبل (١٦٤- ٢٤١هـ): هو عبد الله بن محمد بن حنبل بن هلال بن أنس الشيباني المروزي [١] البغدادي [٢] .

وطلب العلم على شيوخ بغداد والكوفة والبصرة والمدينة.

---

[١] أي من حيث الأصل.

[٢] أي من حيث النشأة.

ومصادر فقهه:- القرآن، والسنة، وما أفتى به الصحابة، والقياس، وأنكر الاجماع لجميع الفقهاء في وقت واحد على رأي واحد، فاعتبر إنعقاده من قبيل المستحيلات.

٨- الإمام داود الظاهري (٢٠٢- ٢٧٠هـ):- هو أبو عبدالله احمد بن سليمان داود بن علي بن خلف البغدادي نشأةً الاصفهاني نسباً.

وهو مؤسس مذهب الظاهرية.

ومصادر فقهه:- ظاهر القرآن، والسنة، واجماع الصحابة فقط دون غيرهم.

ويعتبر ابن حزم الظاهري (٣٨٤- ٤٥٦هـ) المؤسس الحقيقي لهذا المذهب حيث قام بتطويره.

المبحث الثالث

الاجتهاد والتقليد

الاجتهاد: في الاصطلاح: هو بذل الوسع لكشف حكم الله للموضوع المعني بالحكم.

ويكون مصيباً إذا كشف حكم الله الواقعي، وإلاّ فيُعدّ مُخطئاً وله أجران في حالة الإصابة، أجر على جهوده وأجر على إصابته. وإلا فيعد مخطئا فله أجر واحد على بذل جهوده بحسن النية.

وقد نصّ الرسول(ﷺ) على هذه الحقيقة في قوله (إذا حكم الحاكم [1] فاجتهد وأصاب فله أجران وإذا حكم واجتهد وأخطأ فله أجر) أي أجر واحد.

شروط الاجتهاد:

أهملت الشروط التقليدية البالية التي تتكرر في كل بحث يتناول هذا الموضوع منها أن يكون ذكرا وأن يكون حراً وأن يكون عادلاً وغيرها من الشروط التي لم يبق لها دور في إكتساب أهلية الاجتهاد. لذا اقترحت الشروط التالية:-

١- أن يكون من يريد الاجتهاد ملماً بمقاصد الشريعة وهي المصالح المشروعة الشرعية لأن الله حصر رسالة محمد(ﷺ) في تحصيل هذه المصالح للمجتمع البشري فقال مخاطبا نبيه ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ[2]﴾ والرحمة هي المصلحة من نفع مستجلب أو ضرر مستدرأ، لأن الله غني مطلق عن العالمين وعن طاعتهم.

٢- أن يكون جريئاً لايخشى لومة لائم، لأنه يقوم بأداء واجب أوجبه الله عليه في حالة أهليته للاجتهاد.

---

[1] أي إذا أراد أن يحكم لأن الاجتهاد لا يكون بعد الحكم وإنما يكون قبله.

[2] الانبياء ١٠٧

٣- أن يوازن بين نفع وضرر القضية المعنية باكتشاف حكمها مقدماً، لأن كل مافيه نفع الفرد أو المجتمع أو كليهما يكون جائزا عند الله مالم يكن هذا النفع على حساب ضرر الغير.

وكل مافيه ضرر الفرد أو المجتمع أو كليهما، فهو غير جائز عند الله، ما لم يترتب على هذا الضرر نفع عام.

وعلى سبيل المثال نزع الملكية الخاصة مقابل العوض، قد يضر بصاحب الملك لكن الانتزاع جائز للمصلحة العامة.

٤- أن يكون الموضوع محلاً للاجتهاد لأنه لا مجال للاجتهاد في مورد النص، أي في مسئلة يدل النص دلالة قطعية على حكمها، كما في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ...[١]﴾ وقوله ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ...[٢]﴾ وغيرها من النصوص غير القابلة للاجتهاد.

٥- أن لايتأثر برأي الغير السابق أو مذهب مَن قلّده، لأن ربط نفسه بهذا المذهب مخالف لأمر الله العام في قوله: ﴿فَاسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ[٣]﴾.

فلم تشر هذه الآية الى شخص معيّن أو مذهب معيّن أو زمن معيّن، وإنما نصت على أهل الذكر بوجه عام. فالتقيّد بمذهب وانتقال هذا المذهب من جيل الى آخر، أكبر خطأ يرتكبه المسلم في حياته الدينية.

٦- القناعة القلبية بعدالة الحكم الذي إكتشفه عن طريق الاجتهاد فاذا شعر بعدم عدالة الحكم المكتشف المقضي به سابقاً، عليه أن يتراجع عن إجتهاده

---

[١] سورة النساء/١١

[٢] سورة النساء/١٢

[٣] سورة الانبياء ٧

السابق وأن يجتهد من جديد لكشف حكم عادل، كما فعل ذلك الخليفة الثاني عمر بن الخطاب رضي الله عنه[١].

٧- أن لا يدعو المجتهد أو تلامذته الى تقديس مذهبه، لأن النص يُقدّس ينحصر في القرآن الكريم وفي السنة النبوية الثابتة، فالمذهب ليس إلا رأيا وشرحاً للنصوص، فلا يجوز لأحد أن يدعي أنه هو المصيب وغيره مخطئ، كما فعل ذلك الخليفة الأوّل أبو بكر الصديق رضي الله عنه[٢].

أهمية الاجتهاد:

الاجتهاد في القضايا الدينية والدنيوية في كل زمان ومكان من ضروريات حياة الإنسان وهو من أهم وسائل التقدم الحضاري في الشؤون الدنيوية والوصول الى الحكم العادل الذي يحقق السعادة البشرية والثمرات الأخروية في الأمور الدينية، ومن أروع الشواهد على هذه الأهمية: أن العالم الغربي والعالم الشرقي قد وصلا إلى قمة الحضارة بالنسبة للعصر الحديث والى إختراع وإبداع ألوان وأنواع من المنتوجات التكنلوجية عن طريق الاجتهاد، بينما بقي العالم الإسلامي متخلفا يعيش عالة على

---

[١] خلاصة القضية هي أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) اجتهد في قضية ميراثية التي كانت عبارة عن إمرأة توفيت عن زوج وأم واثنين من الإخوة من الأم وعدد من الإخوة والأخوات من الأبوين. وقضى بالآتي:
- للزوج نصف التركة لعدم وجود الفرع الوارث، وللأم السدس لوجود عدد من الإخوة والأخوات وللاخوة من الأم الثلث، لأنهم أكثر من واحد، وقضى بحجب الاخوة والأخوات من الأبوين باستغراق ذوي الفروض للتركة كلها، لأن المسألة تكون من ستة، أي على القاضي أن يقسم التركة الى ستة أسهم للزوج (٣) وللأم(١) وللأخوة من الأم (٢) (٣+١+٢=٦).
وتكررت المسألة في السنة القادمة من خلافته فأراد أن يقضي باجتهاده السابق فقال واحد من الاخوة والأخوات ياأمير المؤمنين هب (إفترض) أن أبانا كان حجرا ألسنا مع الاخوة من الأم شركاء في الأم، وقال آخر إن هذا الاب الذي يحرمني من التركة أرميه في البحر، لذا إشتهرت هذه المسئلة بالحجرية تارة واليمية تارة أخرى ثم قضى بإشراك الاخوة والاخوات من الأبوين مع الاخوة من الأم في الثلث فحكم بتقسيم هذا الثلث بين الكل بالمساواة، لذا عرفت هذه المسألة ب(المشركة).

[٢] كما قال الخليفة الأول أبو بكر الصديق (رضي الله عنه) حين سئل عن الكلالة في قوله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة أو إمرأة وله أخ أو اخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) سورة النساء ١٢ فقال أجتهد برأيي فان كنت مصيبا فمن الله وان كنت مخطئا فمني ومن الشيطان، الكلالة هي أن لايكون الارث عن طريق الأبوة والبنوة أي بان لايكون الوارث من الأصول والفروع وإنما يكون من الحواشي (الاخوة والاخوات).

الصناعات الغربية في كل صغيرة وكبيرة بحيث جعلوا أوطانهم وخيرات بلادهم لقمة سائغة قدّموها لشعوب الدول الغربية والشرقية وبقى المسلمون متخلفين في فهم دينهم بصورة صحيحة والعمل بالاجتهاد في تطوير حياتهم الدنيوية وأهم عوامل هذا التخلف في العالم الثالث وبوجه خاص العالم الإسلامي هو التقليد للغير وتقديس آراء من سبقوهم وبوجه خاص علماء الدين.

وقد خلطوا بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي بحيث حل العمل بالفقه الإسلامي -الذي هو إجتهادات وآراء العلماء- محل الشريعة الإسلامية التي هي وحي من الله عزوجل خلافاً لما وصّى به الرسول(ﷺ) في قوله ((تَرَكْتُ فِيكُمْ أمْرَيْنِ لَنْ تضِلُّوا مَا تَمَسَّكْتُمْ بِهِمَا كِتَابَ اللّهِ وَسُنَّةَ نَبِيِّهِ)).

التقليد وأسبابه:

التقيلد هو أخذ الحكم من الغير دون معرفة دليله من القرآن أو السنة النبوية.

والتقيلد كما ذكرنا آنفا يُعد من أهم عوامل تخلف المسلمين في فهم دينهم ودنياهم والسير وراء الخرافات والاسرائيليات التي أدخلت في دينهم بحيث أثرت في مسار حياتهم بصورة صحيحة.

عوامل التقليد وانتشاره:

إنتشر التقليد وتوقف الإجتهاد منذ منتصف القرن الرابع الهجري ومن أهم أسبابه ماياتي:-

١- الدعاية المذهبية حيث قام تلاميذ أئمة المذاهب بتدوين آراء أئمتهم وتعليلها والدفاع عنها فانتشر إتجاه كل مذهب في صقع من الأصقاع فتعصب له العامة والخاصة حتى أعطي لآراء الفقهاء قدسية النصوص الشرعية، بل تجاوز عن هذا الحد بحيث يفضل رأي فقيه في مسألة معينة على مافي القرآن أو السنة النبوية إذا حصل التعارض بينهما، بدليل أن القرآن وزّع الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على ثلاث مرات في ثلاثة

أزمنة فقال ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[1] والتسريح بالاحسان هو التطليق للمرة الثالثة وقد أكد صحيح مسلم على هذا التوزيع كالاتي عن ابن عباس: ((كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ (ﷺ) وَأَبِي بَكْرٍ وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ طَلَاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةً فَقَالَ عُمَرُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرٍ كَانَ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ)).[2] فهذا الاجتهاد من سيدنا عمر يُعد سياسة شرعية، حيث أقرّ قاعدة (من إستعجل في شيء قبل أوانه عوقب بحرمانه) واعتبر عدم إرجاع الزوجة الى زوجها في حالة جمع بين الطلقات الثلاث في وقت واحد، عقوبةً تعزيريةً لكل من ترك ما أمر به القرآن، ووضحه صحيح مسلم كما ذكرنا.

وتفسير الطلاق في (الطلاق مرتان) بأن المراد منه هو الطلاق الرجعي، خطأ شائع، لأن تقسيم الطلاق الى الرجعي والبائن لم يكن موجودا في العصر الجاهلي (قبل الإسلام) كما لم يكن موجودا حين نزول هذه الآية الكريمة لأن هذا التقسيم من إستحداث فقهاء المسلمين بعد نزول الآيات المتعلقة بأحكام الطلاق.

٢- مساعدة الحُكام في نشر المذاهب الفقهية إذ عندما يتمذهب حاكم بلد بمذهب وينتصر له، يتّبعه في ذلك الرعية حسب المقولة المشهورة (الناس على دين ملوكهم).

٣- إسناد القضاء الى غير الأكفاء وهؤلاء كانوا يتّبعون مذهباً من المذاهب ويقضون بين الناس بموجب هذا المذهب، ولذا نرى في العهد العباسي حصل التضارب بين أحكام القضاة في العالم الإسلامي حتى إختار هارون الرشيد أبا يوسف قاضي القضاة وهو بمثابة وزير العدل اليوم لتوحيد الأحكام

---

[1] سورة البقرة/٢٢٩

[2] صحيح مسلم ٢/١٠٩٩.

القضائية والتقيّد بمذهب معيّن، فاختار أبو يوسف مذهب أبي حنيفة للتطبيق في القضاء.

٤- تدوين المذاهب واتجاه علماء المسلمين الى مافيها من الآراء والانصراف عن الاجتهاد وصيرورتهم عالة على المذاهب المدونة.

٥- مجادلة العلماء بسبب إلتزامهم في الفتوى والمناقشة وللمعارضة فكانوا يتخلصون من ذلك برأي صريح للمذهب الذي يقلّدونه في المسألة.

٦- الضعف السياسي في العالم الإسلامي وانقسام الدولة الإسلامية الى دويلات أدى الى ضعف روح الاستقلال والاجتهاد عند العلماء.

٧- إعتقاد كل مقلّد بأن مافي مذهبه هو الصواب فيجب التمسك به، وأن ماعداه خطأ يجب التجنب عنه.



الفصل الخامس

فلسفة العبادات في الإسلام

فلسفة كل شيء علّته الغائية، أي غايته ونتيجته وثمرته والمصلحة التي تترتب عليه من نفع مستجلب او ضرر مستدرء، وفلسفة العبادات كما أرادها الله هي مكافحة الإجرام، لأنها وسائل وقائية تقي من يقوم بأدائها أداء صحيحا كما هو المطلوب منه عن إرتكاب كل عمل غير مشروع تترتب عليه المسؤولية الجنائية[1] او المسؤولية المدنية[2].

العبادة: - هي فعل الإنسان المكلف على خلاف نفسه الأمارة بالسوء، تعظيماً لربه المعبود طمعاً في الحصول على ثمرته من منفعة دنيوية وثواب أخروي.

و من الفلسفة العامة المشتركة بين جميع العبادات إذا أديت بصورة صحيحة، ما يلي:

١- ترفع نفسية الإنسان من حضيض المادية الى العالم العلوي المعنوي من المثل العليا.

٢- تبعد الإنسان من ظاهرة التفاني في الماديات الى مساندتها بالقوى الروحية.

٣- تقوّي صلة الإنسان بربه تقوية روحية تكون أساساً لسموّ الإنسان والحفاظ على إنسانيته.

---

[1] المسؤولية الجنائية (او الجزائية) هي تحمل تبعات الأخلال بواجب قانوني حدده نص جنائي في الشريعة او في القانون، وجزاء هذه المسؤولية عقوبة يحددها النص الشرعي او السلطة التشريعية الزمنية القائمة.

[2] المسؤولية المدنية هي تحمل الشخص تبعات إخلاله بواجب شرعي او قانوني عام كالتزام كل انسان شرعا وقانونا بعدم إلحاق الضرر بالغير بدون مبرر او إخلال بواجب شرعي او قانوني خاص كإخلال احد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه اتجاه الآخر.

٤- تقي الإنسان من مخالفة الشرع والقانون والنظام العام والآداب العامة.
٥- تزوّد النفس بقوّة روحية قادرة على مواجهة المشاكل وحلها بالطرق الصحيحة.
٦- تؤلّف بين قلوب أبناء المجتمع وتخلق لهم روح الإيثار والتكافل والتضامن والتعاون.
٧- تمنع الإنسان من طغيان الأقليمية والجنسية واللونية.
٨- تجعل الإنسان ملتزما يشعر بمسؤوليته أمام الغير.
٩- فلسفة العبادات بصورة عامة هي انها وسائل وقائية لمكافحة الإجرام.

فالشريعة الإسلامية تعتمد في هذه الوقاية على التدابير الإحترازية قبل وقوع العمل الجرمي اكثر من إعتمادها على الوسائل العلاجية (العقوبات) خلافا لما عليه التشريعات الجزائية الوضعية[1] التي تعتمد على الطرق العلاجية ولا تستخدم الطرق الوقائية والإحترازية، إلا بعد وقوع الجريمة، خلافاً للقاعدة العلمية الحكيمة التي تقضي بأن (الوقاية خير من العلاج).

أنواع العبادات:

تنقسم العبادات التي كلف بها الإنسان البالغ العاقل من حيث طبيعتها الى ثلاثة انواع وهي:

١- عبادات بدنية محضة ثمرتها تنحصر في شخص من يقوم بها لذا لاتقبل النيابة مطلقا كالصلاة والصيام.
٢- عبادات مالية محضة تؤتي ثمرتها سواء أقام بأدائها شخص المكلف او غيره، لأن فلسفتها غير منوطة بشخص المسؤول عنها، لذا تقبل النيابة بعذر وبدونه كالزكاة والانفاق في سبيل الله (اي في سبيل المصلحة العامة).

---

[1] وعلى سبيل المثل تنص المادة (١٠٢/١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ على أنه (لا يجوز ان يوقع تدبيراً من التدابير الاحترازية التي نص عليها القانون في حق شخص دون ان يكون قد ثبت إرتكابه فعلا يعده القانون جريمة وان حالته تعتبر خطرة على سلامة المجتمع)

٣- نوع مختلط ومزيج من الجهود البدنية والانفاق المالي. فلا يمكن أداؤه إلا بمساهمة العمل البدني والصرف المالي.

لذا يقبل النيابة لعذر، كمرض وشيخوخة ولا يقبلها بدون عذر كأداء فريضة الحج.

وتوزع دراسة فلسفة هذه الأنواع الثلاثة من الناحية الشكلية على ثلاثة مباحث.

المبحث الأول

فلسفة العبادات البدنية المحضة

وهي قسمان من حيث الوجوب والالزام وحتمية الأداء، وهما الصلاة والصيام.

أولا: فلسفة الصلاة:

الصلاة عبادة تتكون من أفعال وأقوال مخصوصة تبدأ بالتكبرة وتنتهي بالسلام على من يكون في جنب المصلي أو على كل إنسان يروم السلامة والعيش في ظل السلم والأمان.

الصلاة عبادة قديمة كانت موجودة في الرسالات السابقة لأهميتها في حياة الإنسان فقال تعالى في رسالة إسماعيل (عليه السلام): ﴿وَكَانَ يَأْمُرُ أَهْلَهُ بِالصَّلَاةِ...[1]﴾ وقال في شأن موسى (عليه السلام): ﴿وَأَوْحَيْنَا إِلَى مُوسَى وَأَخِيهِ أَن تَبَوَّءَا لِقَوْمِكُمَا بِمِصْرَ بُيُوتاً وَاجْعَلُواْ بُيُوتَكُمْ قِبْلَةً وَأَقِيمُواْ الصَّلاَةَ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ[2]﴾. وقال في شأن عيسى (عليه السلام): ﴿وَأَوْصَانِي بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيّاً[3]﴾

غير أن نظام أداء الصلاة في الإسلام يختلف عما عداه.

---

(1) سورة مريم /٥٥

(2) سورة يونس/٨٧

(3) سورة مريم/٣١

أهمية الصلاة (أو فلسفته) :

للصلاة أهمية كبيرة للإنسان الذي يروم الحفاظ على عزته وكرامته وتكوين شخصية إنسانية يحترمها الناس ويقدّرها الله.

ويمكن إرجاع هذه الأهمية التي تسمى فلسفة الصلاة بإيجاز الى النقاط التالية:

١- بالصلاة يكتسب الإنسان مناعة ضد أمراض الرذيلة وتتكون لديه طاقة روحية تقيه من كل ما يخالف الإنسانية والقانون والنظام العام والآداب العامة كما نص على هذه الحقيقة قوله تعالى: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ[1]﴾. وقد إستعمل القرآن تعبير الاقامة وهي غير الأداء. فاقامة الصلاة عبارة عن القيام بها مقترنة بالخشوع والخضوع والشعور بأنه يخاطب ربه عالم الغيب والشهادة.

أما الأداء فهو عادة تتكرر في أوقاتها وهي فارغة وخالية عن الجوهر والمغزى يكاد لايوجد فرق بين هذا الأداء وبين عادة ممارسة التدخين.

لذا نرى كثيرا من المصلين لا تمنعهم الصلاة من الغرق في المادية وإستعمال الغش والكذب والحيل أثناء المعاملات المالية مع الغير لكسب دنانير بخسة على حساب غيرهم ودينهم وقيمهم وأخلاقهم.

٢- الصلاة تنظّم أوقات الإنسان حتى يحافظ على الوقت، وهو أثمن ما يملكه الإنسان بعد العمر، لأن كل شيء يمكن تعويضه إلا العمر والوقت.

لذا تأمر الصلاة المصلّي وتقول له (نم مبكراً وانهض مبكراً) للحفاظ على صلاة الصبح ثم الانصراف الى العمل المطلوب منه بعد أدائها وتناول الطعام، لأن النوم في هذا الوقت مصدر لكثير من الأمراض وعامل فعال على التعويد على الكسل وإضاعة النشاط.

٣- الصلاة مدرسة تُعلّم الإنسان على النظافة: نظافة القلب، نظافة البدن، ونظافة الألبسة، ونظافة المكان. لأن هذه النظافات كلها مطلوبة في الصلاة.

---

[1] العنكبوت ٤٥

٤- الصلاة رياضة بدنية تعيد وتقوّي النشاط والحيوية كلّما تعرّض الإنسان لمرض الكسل.

٥- الصلاة وسيلة لكسب ملكة الشعور بالشخصية والكرامة والعزة والاستقلالية وعدم الخضوع لأي كائن موجود سوى الله عزوجل، وهذه الملكة يكتسبها المصلّي عند ترديده في كل ركعة عبارة ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ﴾ لأن تقديم ما حقه التأخير يكون للحصر في قواعد علم البلاغة[1].

٦- الصلاة وسيلة للحفاظ على عزة النفس وعدم التحرك كالريشة في مهب الرياح وراء اطماع يريد ان يكتسبها من غير الله، ووسيلةٌ للاستقامة على مبدأ واحد، لأنها اهم صفة تحافظ على شخصية الإنسان وهذه الصفة يكتسبها المصلي من تكراره في كل ركعة لكلام ﴿وإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾ حيث يشعره بأن قاضي الحاجات هو الله وحده وليس العبد الذي هو يخضع ويذل له لكسب منصب أو وظيفة أو دنانير بخسة.

٧- صلاة الجماعة لمن يتيسر له الحضور في الجامع وسيلة للاطلاع على المشاكل التي يعانيها زملاؤه في الجامع حتى يساهم في حلها بقدر الإمكان، لأن المفروض في الإسلام أن سكان قرية او محلة اسرة واحدة، فعلى كل فرد من افراد هذه الأسرة التعاون والتضامن والتكافل مع غيره منهم.

٨- صلاة الجمعة درس أسبوعي يلقيه خطيب الجامع لمعالجة مشكلة من مشاكل الساعة وقعت في محلته أو بلده أو إقليمه أو في العالم، فعلى الخطيب ان يبتعد عن نقل الأسرائيليات والخرافات واستعراض اقوال لا يقبلها الشرع الإسلامي ولا العقل السليم.

على الخطيب ان يتابع اخبار العالم يوميا في ذلك الأسبوع عن طريق الوسائل الحديثة فاذا سمع مشكلة قد حدثت في ذلك الأسبوع يساهم عن طريق النصح والتوجيه في حلها.

---

[1] (نعبد) فعل مضارع وفاعله ضمير مستتر فيه ومفعوله (إياك) مكان المفعول به الطبيعي هو ان يلي الفعل والفاعل، فلذا قدّم عليهما، يدلّ هذا التقديم في علم البلاغة على ان المراد في الكلام هو الحصر، كما جاء في هذه الآية الكريمة.

وعلى الخطيب ان يعيش بعقلية زمنه وعصره، لأن احكام الله المبنية على المصالح المشروعة تتغير بتغير تلك المصالح في كل زمان ومكان. وأن يكون حذرا عن نقل أحاديث أختُلقت بإسم الرسول(ﷺ) من قبل الدساسين، وأن يفهم بصورة صحيحة الحياة ويحلّل الحوادث ويستنتج عن طريق الشرع والعقل السليم حلولها.

٩- وأهمية الصلاة لا تقتصر على الشؤون الدينية وإنما لها دور بارز في حصول المصلي على اجر عظيم إذا اقامها بصورة صحيحة كما ذكرنا.

ثانيا: فلسفة الصيام:

الصيام كالصلاة عبادة قديمة كما قال سبحانه وتعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ...[1]﴾ وكان موجودا في رسالات الأنبياء والرسل السابقين.

وهو عبارة عن الامتناع كل ما حرّمه الله على الإنسان مطلقاً، كالغش في المعاملات وذكر الغير بالسوء وغير ذلك، مما لا يليق بالإنسان ان يقوم به او يفعله، كما أنه عبارة عن الامتناع عن كل ما هو محرم في شهر رمضان المبارك كالأكل والشرب والتدخين ومعاشرة الأزواج خلال المدة التي حددها الشرع.

حكمة وجوب الصيام (أو فلسفته) :

نص القرآن الكريم على هذه الحكمة (الفلسفة) في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ[2]﴾.

أي تكتسبون عن طريق صيامكم صفة التقوى. والتقوى طاقة روحية يكتسبها الصائم من صيامه الحقيقي الذي يريده الله من الإنسان البالغ العاقل وتقيه من الأنحراف والغش والأعوجاج وغيره من كل سلوك جرمي يضر الفرد والمجتمع او كليهما.

وليس الصيام -كما يظن كثير من المسلمين- الإمساك والامتناع عن الأكل والشرب والمعاشرة الزوجية فحسب، وإنما الصيام يجب أن يمر بالمراتب الثلاث الآتية:

---

[1] سورة البقرة/١٨٣

[2] سورة البقرة/١٨٣

١- المرتبة الأولى: الإمساك عن الطعام والشراب والعملية الجنسية

٢- المرتبة الثانية: صوم الجوارح وأعضاء في جسم الإنسان وإمساكها عن إستخدامها في كل ما يخالف أوامر الله ونواهيه.

فصوم الأيدي إمساكها عن العدوان والتجاوز على حقوق الغير.

وصوم الأرجل إمساكها عن السير والسعي وراء كل ما يضر الإنسان بدون مبرر شرعي.

وصوم اللسان كفّه عن كل كلام يضر الناس ويؤذي قلوبهم وعن التطاول على أعراضهم.

وصوم العيون غضّها عن النظر الى عورات الناس.

وصوم الأذن هو عدم الإصغاء للكلام الباطل والمضر بحق الغير، لأن الاصغاء في ذلك إشتراك في الجريمة التي يتكلم بها المتكلم امامه.

والقاعدة الشرعية العامة تقضي بأن (السكوت في معرض الحاجة بيان) أي رضاء بما يحدث وهو يراه أو يسمعه ويسكت عنه. والقاعدة الشرعية العامة تقول (الساكت عن الحق شيطان أخرس).

٣- المرتبة الثالثة: صوم الغرائز الباطنية التي هي مصدر كل سوء إذا كانت من فصيلة الغرائز الطبيعية الشريرة وفي مقدمتها النفس الأمارة بالسوء وصومها عبارة عن السيطرة الفعلية على هذه الغرائز بقوة الإرادة والعزم. فإذا تحققت هذه المراتب الثلاث تتحقق الطاقة الروحية المقصودة من الصيام تقيه من كل شر وكل مخالفة لأوامر الله، ومن كل تجاوز على حقوق الغير.

المبحث الثاني

فلسفة العبادات المالية المحضة (الزكاة)

الزكاة نسبة مئوية فرضها الله على الأغنياء في أموال معينة بشروط خاصة لغرض سدّ حاجات المحتاجين، ووضع حد للتفاوت الطبقي. الإسلام لا يُقرّ الفقر ولا الحاجة ولا التسوّل ولا الكسل، وإنما يطلب من كل شخص قادر على العمل أن يعمل ويسعى في طلب الرزق لتأمين عيشه وعيش من تجب عليه نفقته.

فالإسلام دين العمل بدليل تكرار هذا اللفظ (العمل) ومشتقاته (٣٥٦) مرة في القرآن الكريم.

ورغم ذلك إن إنقسام الناس الى فقير وغني كان موجودا منذ أن عاشوا على متن كوكب الأرض.

وجاءت الشريعة الإسلامية واعتبرت الزكاة من أركان الإسلام كالصلاة والصيام للقضاء على الفقر قدر الأمكان. ورغم ترك الحرية لمن تجب الزكاة في ماله بأن يتولى بنفسه توزيعها على المستحقين لها، إلا أن للسلطة الزمنية إجباره على ذلك إذا إمتنع عن التنفيذ، بدليل أن الخليفة الأول ابا بكر الصديق﷛ اعلن الجهاد ضد مانعي الزكاة بعد وفاة الرسول (ﷺ) وحاربهم عمليا حتى خضعوا لأدائها كما هو المطلوب.

كما يجب على السلطة الزمنية تأسيس مرفق عام في مستوى الوزارة لجباية الزكاة وتوزيعها على المستحقين بكمية قابلة لجعلها رأس مال بيد الفقير يستثمره للقضاء على فقره بحيث لا تتكرر حاجته كل سنة الى الزكاة.

فالدولة مسؤولة في كل بلد من البلاد الإسلامية عن القيام بهذه المهمة لأن مركز الزكاة لا يقل أهمية من مركز الأوقاف.

الزكاة ليست ضريبة حتى تعوض عنها فهي تختلف عنها من أوجه منها:

١- الضريبة لا تجوز إلا في حالة عجز الميزانية العامة للدولة وقلة مواردها بخلاف الزكاة.

٢- الزكاة تجب في أموال معينة وبشروط معينة بخلاف الضريبة.

٣- نسب الضريبة تصاعدية بينما النسب في الزكاة ثابتة لا تتغير بكثرة كمية ومقدار المال.

٤- الضريبة تضاف الى الميزانية العامة للدولة في حين أن الزكاة توزع على المستحقين.

الأصناف المستحقون للزكاة:

الأصناف المستحقون للزكاة ثمانية حسب ما حدده القرآن في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ[1]﴾.

١- الفقير: هو الذي لا يملك موردا أصلا لتأمين معيشته.

٢- المسكين: هو الذي لا يكفي ما يملكه لتأمين عيشه وعيش من تجب عليه نفقته.

٣- العامل: هو الموظف الذي يقوم بجباية الزكاة وجمعها لتوزيعها على المستحقين، فله نسبة من الزكاة مقابل ما يقوم به.

٤- المؤلفة قلوبهم[2]: وهم الذين تضررت مصالحهم الاقتصادية بسبب عدالة الإسلام وإلغائه بعض مصادر كسب الأموال، كالفوائد الربوية، والتجارة بالرقيق ونحوهما، لكن في عهد الخلفاء الراشدين تم إيقاف صرف الزكاة لهؤلاء لعدم حاجتهم ولإستغناء الإسلام عن إستمالة قلوبهم.

٥- الرقاب: وضع الإسلام طرقاً متعددة لانهاء نظام الرق البغيض، منها تخصيص ثمن موارد الزكاة للمكاتبة، وهي أن يشتري العبد والجارية نفسيهما من سيدهما مقابل عوض وهذا العوض كان يدفع من موارد الزكاة.

---

[1] سورة التوبة / ٦٠

[2] و هم الذين إستمال الإسلام قلوبهم فمنهم من كان من غير المسلمين ومنهم من كان من حديثي العهد بالأسلام.

٦- الغارمين: هم الذين إستدانوا للقيام بإنشاء مشاريع عامة للمصالح العامة كبناء الجسور وتبقى الديون بذمتهم لعدم تمكنهم من وفائها، لذا تُسدّ هذه الديون عن طريق الزكاة.

٧- إبن السبيل: هو الذي إنقطع عن بلده أو بعد عنه ماله ويشمل هذا الصنف ايضا الذين يسافرون الى خارج بلدهم للمعالجات الطبية وإمكانيتهم المالية تكون ضعيفة.

٨- في سبيل الله: أي في سبيل المصلحة العامة كاستملاك العقارات لأجل بناء المؤسسات العامة لخدمة نفع عام كبناء المستشفى او المدرسة او نحو ذلك.

الأموال التي تجب فيها الزكاة:

١- المحصولات الزراعية: وفيها ١٠٪ إن سقيت بماء الأمطار أو الأنهار أو العيون و٥٪ إن سقيت بالوسائل.

٢- النقود المعدنية والورقية المتداولة في العالم والتي حلت محل الذهب والفضة وفيها ٢,٥٪.

٣- الحلي الزائد عن العرف والأواني والقطع الذهبية والفضية وكل ما هو مصنوع من الذهب والفضة من أدوات الزينة. ورؤوس أموال التجارة وأسهم الشركات وفيها ٢,٥٪.

٤- رأس مال المصانع والمعامل وارباحها في نهاية كل سنة ٢,٥٪.

٥- السيارات والأدوات والآلات المستعملة لغرض الربح والتجارة، والاستثمار على أساس من كمية تلك الأرباح خلال السنة وفيها ٢,٥٪.

٦- إيجار العقارات والدور السكنية والفنادق وغيرها وفي غلتها ٢,٥٪.

٧- المواشي (الغنم والمعز والبقرة والإبل) ونسبها محددة ومبينة في الكتب الفقهية مفصلا.

فلسفة وجوب الزكاة:

للزكاة أهمية إقتصادية كبيرة في الحياة العملية من اوجه متعددة منها:

١- مكافحة الإجرام: وقد أثبتت فلسفة التشريعات الجزائية بالإستقراء أنّ أهم أسباب إرتكاب الجرائم -وبوجه خاص الجرائم الاقتصادية- الفقر والحاجة، فسدّ حاجة المحتاجين مادياً يحول دون ظاهرة الانحراف الى السلوك الجرمي. وجدير بالذكر أن الخلفاء الراشدين ﵃ اوقفوا تطبيق عقوبة السرقة (قطع اليد) في سنة المجاعة قائلين (إن في قطع اليد حماية الأموال، وفي تركه حماية الأرواح، وحماية الأرواح أولى بالرعاية من حماية الأموال).

٢- تحقيق الوئام والمحبة بين الفقراء والأغنياء. ومن الواضح أن الحسد الذي هو من الغرائز البشرية إذا لم يعالجه تهذيب النفس والأخلاق وبوجه خاص حسد الفقراء تجاه الأغنياء، قد يؤدي الى الجرائم، لأن الفقير حين يرى جاره الغني يعيش في قمة الرفاه وهو في عيشة ضنكى قد تدفعه غريزة الحسد الى الاعتداء على شخص الغني أو على ماله.

والزكاة أهم وسيلة لحل هذه المشكلة، لأن الفقير إذا حصل على نسبة معينة من مال الغني في كل سنة يحل الوئام والمحبة بينهما محل الحسد والكراهية، لأنه يعتبر نفسه شريكا في مال الغني في تلك النسبة، فبدلا من أن يتمنى زوال نعمته يتمنى زيادة ثروته حتى تزيدحصته.

٣- تطهير نفوس الأغنياء من رذيلة الطغيان كما نص على ذلك قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا[١]﴾.

والطغيان من الصفات الرذيلة الناتجة عن ظاهرة الغنى كما يقول سبحانه و تعالى: ﴿كَلَّا إِنَّ الْإِنسَانَ لَيَطْغَى أَن رَّآهُ اسْتَغْنَى[٢]﴾.

---

[١] سورة التوبة / ١٠٣

[٢] سورة العلق / ٦ -٧

٤- الزكاة تزيد من نعمة المزكي، لأنها شكر النعمة وفي زيادة الشكر زيادة النعم كما يقول سبحانه و تعالى: ﴿...لَئِن شَكَرْتُمْ لأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ﴾[1].

٥- الزكاة ضمان إجتماعي ويعد نظام الزكاة في الإسلام أول تشريع في العالم أستحدث هذا النظام الذي لم تعرفه القوانين البشرية إلا في منتصف (القرن العشرين) [2].

٦- تطهير النفوس من مرض الشح والبخل وتعويد المسلم المزكي على البذل والسخاء والعطاء والتعاون في التكافل الاقتصادي.

٧- حصانة اموال من يؤدي زكاة ماله، فالزكاة تصون مال الغني المزكي وتُحصنه من تطلع الأعين وامتداد أيدي الآثمين والمجرمين كما قال الرسول(ﷺ): (حصّنوا أموالكم بالزكاة وداووا مرضاكم بالصدقة وأعدّوا للبلاء الدعاء) [3].

---

[1] سورة إبراهيم / ٧
[2] د يوسف القرضاوي. مشكلة الفقر وكيف عالجها الإسلام ص ١٠٧
[3] الطبراني في معجمه الكبير ١٠/١٢٨ رقم الحديث ١٠١٦٩

المبحث الثالث

فلسفة العبادات المختلطة (الحج)

الحج لغة: القصد وفي الاصطلاح الشرعي زيارة مكان مخصوص (البيت الحرام) في زمان مخصوص (اشهر الحج) بأفعال مخصوصة (الطواف، السعي والوقوف محرما........).

أمر الإسلام لمصلحة المجتمع البشري بثلاثة أنواع من الاجتماع: الأجتماع اليومي والأسبوعي والسنوي.

١- الاجتماع اليومي: على سكان القرية او المحلة ممن يتيسر له الحضور لأداء صلاة الجماعة في الجامع ولو مرة واحدة في اليوم إذا لم يكن معذوراً وذلك لغرض الاطلاع على مشاكل الآخرين من سكان المحلة او القرية والمساهمة في حدود الامكانية والاستطاعة في حل تلك المشاكل تنفيذا لأمر الله ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى[1]﴾.

فصلاة الجماعة سنة مؤكدة فلسفتها التعاون والتضامن والتكافل بين المصلين فإذا تخلفت هذه الفلسفة فلا يبقى فرق بين الصلاة في البيت والصلاة في المسجد.

٢- الاجتماع الأسبوعي: على سكان المدينة الاجتماع يوم الجمعة في جامع كبير يسع أكبر عدد ممكن لنفس الفلسفة المذكورة.

٣- الاجتماع السنوي لجميع ممثلي الدول والشعوب الإسلامية وهذا الاجتماع هو أكبر مؤتمر إسلامي يشترك فيه الدول والشعوب الإسلامية في جميع أنحاء العالم لمناقشة القضايا السياسية والإدارية والاقتصادية والصحية والدفاعية وغير ذلك من مستلزمات الحياة في كل زمان ومكان.

ومن الواضح ان طبيعة هذا المؤتمر تختلف عن طبيعة سائر المؤتمرات التي تعقد سنويا عشرات المرات في دول العالم على النطاقين الداخلي والدولي فهذه المؤتمرات

---

[1] سورة المائدة/٢

طابعها مادي محض، أما مؤتمر الحج فهو ذو طابع مادي ومعنوي في وقت واحد، فجميع المظاهر المادية التي تساعد على التمزق والتفرقة بين الشعوب الإسلامية تنصهر في بوتقة الطاقة الروحية التي يكتسبها الحجاج:

أ- بدءا بالإحرام الذي يعد الخطوة الأولى للتجرد من الفوارق العارضة حيث إنه زي موحد اشبه بالزيّ الأخير الذي يلبسه الإنسان حين إنتقاله الى مثواه الأخير بعد مفارقة حياة هذه الدنيا الفانية، وبهذا الزي الموحد يُرفع التمييز بين الحاكم والرعية، وبين الغني والفقير، وبين أصحاب المراكز السياسية والإجتماعية وغيرهم.

ب- ثم التلبية التي تجرده عن العالم المادي وتربطه روحيا بمن لا سلطان فوق سلطانه وهو الله عزوجل.

ج- ثم الطواف الذي هو دوران القلب حول مركز وحدة المسلمين(بيت الله الحرام).

د- ثم السعي بين الصفا والمروة والتردد بين الخوف والرجاء خوف العقاب على الذنوب ورجاء العفو عنها.

هـ- ثم الوقوف في عرفة وهو مظهر من مظاهر المساواة وعدم التفاضل بين ابناء آدم وحواء إلا بما يقدمونه لإرضاء الله والنفع البشري كما قال سبحانه و تعالى: ﴿...إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ...[1]﴾ أي اقربكم الى الله وانفعكم للناس.

و- ثم رمي الجمرة (رجم الشيطان) وهو تعهد أمام الله بعدم الخضوع في المستقبل للنفس الأمارة بالسو مرة أخرى لأن الشيطان ليس موجودا هنالك حتى يرجمه الحجاج وإنما الرجم موجه الى شيطان كل إنسان لا يفارقه لحظة فهو ملازم له ملازمة الحرارة لكل طاقة حرارية فالذي يرجمه الحجاج هو شيطان نفسه (النفس الأمارة بالسوء) التي هي عبارة عن النزعة الشريرة التي تدفعه دائما نحو السلوك الجرمي.

فرجم الجمرة إن كان بقلب سليم وفهم صحيح يكون نقطة المفارقة بين الراجم وبين كل ما هو رمز الشر.

---

[1] سورة الحجرات/١٣

و بهذه الروحية المتميزة وفي هذا الجو المعنوي أمام بيت الله الذي هو رمز وحدتهم يتعهد المسلمون بعضهم لبعض بأن يكونوا متضامنين ومتعاونين في معالجة مشكلة كل بلد سواء كان مصدرها النزاع الداخلي أو الاعتداء الخارجي.

الاستنتاج:

نستنتج من محتويات هذا الفصل ان فلسفة جميع العبادات التي كلف بها الإنسان من الله عزوجل هي وسائل وقائية لمصلحة الإنسان وضمان حقوقه ولأجل إنتصار نزعة الخير على نزعة الشر فيه وحماية المصالح التي جاءت الرسالة المحمدية لتحقيقها كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ[1]﴾ والرحمة هي المصلحة البشرية المادية والمعنوية والدنيوية والأخروية.

ومن البدهي لن الله غني مطلق عن طاعة عباده فلو إستغرقت حياة كل إنسان في عبادة الله لما زادت ذرة من عظمته كما لو إستغرقت في الزندقة والإلحاد لما تنقص من عظمة الله مثقال ذرة.

وبناء على ذلك تكون الغاية الرئيسة من تكليف الإنسان بالعبادات المذكورة هي تحقيق تغلب نزعة الخير على نزعة الشر في الإنسان حتى يعيش متمتعا بحياته ومؤديا لرسالته التي خلق من اجلها.

وجدير بالذكر أنّ الفلاسفة منذ زمن بعيد اختلفوا في طبيعة الإنسان هل هي خيّرة بالطبع أو شريرة بالطبع؟

فمنهم[2] من قال بالاتجاه الأول ورأى ان إنحراف الإنسان ليس ذاتيا وإنما يأتي من عوامل خارجية بيئية وإجتماعية وإقتصادية ونحو ذلك.

ومنهم من ذهب الى الأتجاه الثاني فقال إن الإنسان شرير بالطبع وإن إتخاذه سبيل الخير كمساره في الحياة، ليس من ذاته وإنما بدفع عوامل خارجية من التعليم والتوجيه والتوعيه.

---

[1] الانبياء ١٠٧.

[2] لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا منهاج الاسلام لمكافحة الاجرام.

ولكن القرآن الكريم فنّد هذين الزعمين، وبيّن لنا أن الإنسان ليس خيرا بالطبع ولاشريرا بالطبع بل يحمل كلتا النزعتين في وقت واحد، حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالشَّمْسِ وَضُحَاهَا، وَالْقَمَرِ إِذَا تَلَاهَا، وَالنَّهَارِ إِذَا جَلَّاهَا، وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَاهَا، وَالسَّمَاءِ وَمَا بَنَاهَا، وَالأَرْضِ وَمَا طَحَاهَا، وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا، فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا وَتَقْوَاهَا، قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا، وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا[1]﴾.

فالفجور عبارة عن نزعة الشر والتقوى يراد بها نزعة الخير، ولأجل إنتصار نزعة الخير على نزعة الشر فرض الله سبحانه وتعالى على الإنسان وسائل وقائية لتقيه من نزعة الشر ولتنتصر عليها نزعة الخير وهذه الوسائل هي العبادات التي فرضت على الإنسان لفلسفة هي مصلحته.

---

[1] سورة الشمس /٧-١٠.



الفصل السادس
المعاملات المالية

نتناول في هذا الفصل بإيجاز التعريف بالمال، وأنواعه والتعريف بالعقد وأنواعه، وآثارَ العقد، وتُوزع دراسة هذه النقاط الثلاث على أربعة مباحث، خصص المبحث الأول للمال وأنواعه، والثاني للعقد وعناصره وأنواعه، والثالث لآثار العقد، والرابع لأهلية الالتزام وعوارضها.

المبحث الأول

المال وانواعه

المال عرفه فقهاء الشريعة بأنه ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن إدخاره الى وقت الحاجة منقولا أو عقارا [١] .

ويلاحظ على هذا التعريف أنّ بعض الأموال لا يميل إليها طبع الإنسان كبعض الأدوية، وبعضها سريع التلف غير قابل للادخار كبعض الأطعمة. لذا أقترح ان يعرّف المال بأنه: (كل شيء له قيمة مادية وكان محازا) .

أنواع المال:

ينقسم المال الى أقسام متعددة بحيثيات مختلفة كالآتي:

أ) من حيث القابلية للانتقال ينقسم الى المنقول والعقار:

١- المنقول: هو الشيء الذي يمكن نقله من مكان الى مكان آخر بدون أن يتأثر في ذاته أو هيئته، كالسلع والبضائع والحيوان والسيارة ونحو ذلك.

٢- العقار: وهو الذي لا يمكن نقله من مكان الى آخر بطريقة طبيعية [٢] مع الاحتفاظ بهيئته، كالأراضي والأبنية والأشجار قبل قطعها والثوابت في الأرض قبل قلعها ونحو ذلك.

ثمرة التقسيم:

١- لا تثبت الشفعة إلا في العقار لأن فلسفتها لا تتحقق في المنقول وهي توقعُ إلحاق الضرر بالشريك الجديد.

---

[١] مجلة الأحكام العدلية. المادة (١٢٦) وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الحنفي.

[٢] هذا القيد لأدخال بعض العقارات كالأبنية التي يمكن نقلها من مكان الى آخر عن طريق الأجهزة والوسائل الحديثة بدون أي تأثر ذاتا وهيئة كمنزل بناء قابل للانتقال بالوساطة في بعض الدول المتقدمة صناعيا كاليابان.

٢- الوقف غالبا [١] يكون في العقار لدوامه واستقراره.

٣- لا تثبت حقوق الارتفاق [٢] إلا للعقار.

٤- تصرف الوصي في مال القاصر لا يجوز في العقار إلا لمسوّغ شرعي ضروري بخلاف المنقول.

٥- يجوز التصرف في العقار قبل قبضه بخلاف المنقول، لأن الأول ثابت على صفاته ولا يكون مصدرا لضرر المشتري حين القبض.

٦- بيع العقار في بعض القوانين [٣] لا ينعقد مطلقا إلا إذا سُجل في الدائرة المختصة واستوفي الشكل الذي نص عليه القانون، بخلاف بيع المنقول، فلا تشترط فيه الشكلية ما لم يكن مالا نفيسا كالباخرة والطائرة والسيارة.

ب) من حيث تماثل المفردات والأجزاء مثلي وقيمي:

١- المثلي: ما لا تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به ويقوم بعضها مقام بعض في الوفاء وتوجد نظائره في الأسواق كالمعدودات والموزونات والمكيلات والمقيسات [٤].

وارى ان هذا التعريف لا يشمل النقود والعملة المتداولة في المعاملات لأن المثلي فيها ما كان متساويا صورة ومعنى (القيمة او القوة الشرائية).

فالعملة من المعدودات ورغم ذلك تفقد صفة المثلية في بعض الأزمنة لظروف إستثنائية وتتفاوت قيمتها إرتفاعا وإنخفاضا تفاوتا يعتد به وعلى سبيل المثل الدينار العراقي في نهاية القرن العشرين ليس مثليا لنفس الدينار في بداية القرن الحادي والعشرين.

فمن زوج إمرأة قبل خمسين سنة على مهر مؤجل قدره (١٠٠) دينار عراقي عام ١٩٥٠ مثلاً، ثم حصلت الفرقة بينهما في عام ٢٠٠٢ مثلا فيجب

---

[١] القيد لأدخال الكتب فهي من المنقولات ورغم ذلك يجوز وقفها.

[٢] كحق المرور وحق المجرى وحق المسيل وحق العلو والسفل في الشقق في العمارات السكنية وحق الشرب.

[٣] كالقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة (٥٠٨) ، وقانون التسجيل العقاري العراقي القائم المادة ٣.

[٤] مجلة الأحكام العدلية المادة (١٤٥) .

تقويم المهر بالذهب وقت الزواج، لأن الدينار فقد مثليته وتحوّل الى القيمي وقت الطلاق بإنخفاض قوتها الشرائية أكثر من مئة ضعف.

وقس على المهر المؤجل جميع الديون المؤجلة المتعلقة بذمة المدين.

٢- القيمي: ما تفاوت آحاده تفاوتا يعتد به أو لم تتفاوت لكن إنعدمت نظائره في الأسواق لو تغيرت قيمته إرتفاعا وإنخفاضا كالعملة.

ومن تطبيقات القيمي: الأرض، والبناء، والحيوان ونحو ذلك.

ثمرة التقسيم:

١- المثلي يستقر دينا في ذمة المدين إذا عُيّن بأوصافه بخلاف القيمي.

٢- المثلي إذا أتلفه شخص فعليه الضمان والالتزام برد مثله لا بقيمته، بخلاف القيمي، فإن الضمان فيه يكون بقيمته

٣- إذا هلك المثلي الذي كان موضوع الالتزام لا ينقضي الالتزام، بل يحل محله مثله، بخلاف القيمي، فإذا هلك قبل القبض ينفسخ العقد تلقائيا (اي بحكم القانون) وبالتالي ينقضي الالتزام.

٤- المثلي لا تنتقل ملكيته بالعقد إذا عين بالنوع او الصنف، وإنما ينتقل بالإفراز، بخلاف القيمي، فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد، لكن يبقى محل العقد في ضمان البائع قبل القبض.

ج) من حيث القابلية للتعامل متقوّم وغير متقوّم.

١- المتقوم: هو كل ما كان محرزا فعلا وقابلا للأنتفاع المعتاد الشرعي في حالتي السعة والاختيار.

٢- غير المتقوم: هو المال الذي لم يكن مملوكا لأحد كالسمك في الماء والطير في الهواء والغزال في الصحراء، أو كان مملوكا لكن لا ينتفع به شرعا إلا في حالات الضرورة كأنواع المسكرات، والمخدرات، والميتة.

ثمرة التقسيم:

١- المال المتقوم من شأنه أن يكون محلا للتعامل بخلاف غير المتقوم.

٢- من اتلف المال المتقوم دون مجبر، فعليه الضمان بخلاف غير المتقوم[1].

د) من حيث نطاق الأنتفاع عام وخاص:

١- المال العام: هو المال الذي خصص للنفع العام كالمؤسسات الحكومية.

٢- المال الخاص: هو الذي لا يجوز الأنتفاع به الأمن قبل صاحبه او بأذنه.

ثمرة التقسيم:

١- ان المال العام مباح لكل من ينتفع به بدون إذن من الدولة صاحبة المال في الحدود المشروعة بخلاف المال الخاص فلا يجوز لغير صاحبه الأنتفاع به إلا بأذنه.

٢- المال العام لايجوز التصرف فيه بعوض وبدونه كالهبة إلا في حالات الضرورة بخلاف الخاص فلمالكه حرية التصرف فيه بعوض وبدونه.

الملكية:

هي إختصاص يخول صاحبه بالتصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة. أي علاقة شرعية بين الإنسان والمال تجعله مختصا به إختصاصا يمنع غيره من التدخل فيه، ويمنحه قدرة الاستفادة منه وصلاحية التصرف فيه بالبيع او الهبة او غيرهما، وصلاحية الاستعمال لمصلحته، وصلاحية الأستغلال بإستثماره او إيجاره او أي تصرف آخر لغرض طلب الغلة من ورائه، وكذلك صلاحية حيازته والسيطرة الفعلية عليه.

أنواع الملكية:

تنقسم الملكية الى انواع متعددة بحيثيات مختلفة كالآتي:

أ) من حيث الرقبة والمنفعة: تامّة وناقصة:

١- الملكية التامة: هي السيطرة التامة على رقبة المال المملوك ومنفعته معا، كمن يسكن في داره المملوكة له.

---

[1] إلا بالنسبة لغير المسلمين ممن يعتبر الانتفاع به مشروعاً.

٢- الملكية الناقصة: هي ملكية الرقبة فقط بدون المنفعة او ملكية المنفعة وحدها، ففي دار مؤجرة لمدة معينة، المؤجّر (مالك الدار) يملك رقبة الدار فقط، والمستأجر يملك المنفعة وحدها خلال مدة الإيجار.

وبناء على ذلك تكون ملكية كل واحد منهما ناقصة وكذلك الأمر بالنسبة للمعير والمستعير خلال مدة الإعارة، فالأول يملك الرقبة دون المنفعة والثاني يملك المنفعة فقط.

وكذا من أوصي بمنفعة عقاره بعد وفاته لأحد اقاربه فالموصى له يملك المنفعة فقط الى حين وفاته، وبعد الوفاة ترجع المنفعة الى الورثة.

ثمرة التقسيم:

١- في الملكية التامة المالك يملك الصلاحيات الأربع المذكورة (التصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة) .

أما في الملكية الناقصة فلا يملك المالك حق الانتفاع بمملوكه بالاستعمال أو الاستغلال او الحيازة.

٢- بيع المالك الرقبة موقوف عند اكثر الفقهاء على إجازة المستأجر (مالك المنفعة) فإذا لم يجزه بطل البيع خلافا للقانون فإنه يجيز العقد وينعقد نافذا بدون إجازة المستأجر.

ب) من حيث الشيوع: شائعة ومفرزة:

١- الملكية الشائعة: هي أن يملك شخصان فأكثر مالا لم تُفرَز حصّةُ كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع كملكية الورثة للتركة قبل توزيعها عليهم.

٢- الملكية المفرزة هي ان ينفرد كل شخص بحصته بعد الإفراز. والتقسيم كملكية كل وارث في حصته.

ثمرة التقسيم:

١- كل شريك اجنبي عن حصة شريكه فليس له أن يتصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات إلا بموافقته.

٢- ليس للشريك أن يتصرف بجزء معين من المال الشائع إلا بموافقة بقية الشركاء.

٣- تكون إدارة المال الشائع للشركاء مجتمعين ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك.

وهناك تقسيمات أخرى لا مجال لاستعراضها [١]

الدين والعين:

١- الدين: في الفقه الإسلامي كل ما يتعلق بذمة الإنسان من مال حكمي او عمل يقابله الحق الشخصي في الفقه الغربي.

٢- العين: هو كل حق يتعلق بمال معيّن أي سلطة مباشرة لشخص معيّن على شيء معين.

ويرى المرحوم السنهوري[٢]، أن العين في الفقه الغربي أوسع من الحق العيني في الفقه الإسلاميّ وأن الدين أضيق من الحق الشخصي، ظاناً أن الدين إذا تعلق بالتركة يفقد صفة الدينية ويصبح عيناً، وكذا في حالة الحجر والإفلاس حيث يتعلق الدين بمال المحجور عليه وللفلس ويتحول الى العين.

وأرى أن هذا الرأي مخالف لواقع الفقه الإسلامي فالدين يبقى دينا ولو تعلق بمال للدين، فالدين والحق الشخصي متساويان كتساوي العين والحق العيني.

ثمرة التقسيم:

١- الالتزام بالدين يحتاج في إستيفائه الى وساطة المدين، بينما الالتزام بالعين ينصبّ على العين ذاته.

٢- الدين يَرِد عليه الأجل بخلاف العين.

٣- الدين تصح فيه المقاصة بخلاف العين.

٤- الدين يجوز فيه الإبراء بخلاف العين.

---

[١] منها التقسيم الى الملكية المادية كملكية السيارة او الدار او الى الملكية المعنوية كملكية المؤلف لفكرة علمية في مؤلفه، وكبراءة الاختراع.

(٢) في كتابه (مصادر الحق): ١/ ٢٤ وما تليها.

المبحث الثاني

العقد عناصره وانواعه

العقد كما عرفته المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران[1] والمادة (٧٣) من المدني العراقي القائم بأنه (إرتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه) . ونرى أن هذا التعريف ناقص يجب أن يضاف إليه (العاقد) لأن آثار العقد حقوق والتزامات فالحقوق تنصب على المعقود عليه من العوضين، ففي البيع مثلا ينتقل حق ملكية المبيع الى المشتري وينتقل حق الثمن الى البائع.

والالتزامات المترتبة على عقد البيع هو إلتزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بتسديد الثمن فيكون التعريف الصحيح للعقد كالآتي (ارتباط الايجاب من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والعاقد). وتوزع دراسة العناصر والانواع على مطلبين.

---

[1] لقدري باشا – مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان.. فهذا المؤلف عبارة عن تقنين أحكام الفقه الاسلامي في مذهب ابي حنيفة.

المطلب الاول
عناصر العقد

عناصر كل شيء هي مايتوقف عليها هذا الشيء، والعنصر إذا كان جزءاً من الشيء يسمى ركناً وإلاّ فيُسمى شرطاً.

أركان العقد:

أركان العقد ثلاثة إجمالا، وهي: (الصيغة والعاقد والمعقود عليه) وستة تفصيلاً، لأن الصيغة تشمل الايجاب والقبول، والعاقد عبارة عن طرفي العقد، والمعقود عليه يراد به العوضان (المبيع والثمن في عقد البيع) مثلا.

شروط إنعقاد العقد:

شروط إنعقاد العقد سبعة وهي:

١- مطابقة الايجاب والقبول في الأمور الجوهرية.

٢- اتحاد مجلس الايجاب والقبول حقيقة كما في العقد بين الحاضرين، أو حكماً كما في إبرام العقد عن طريق وسائل الاتصالات المعلوماتية الحديثة.

٣- تعدد العاقد حقيقة أو حكما كما في شراء الوكيل لنفسه المال الذي وكل ببيعه برضاء الموكل ففي هذه الصورة العاقد واحد حقيقة واثنان حكماً.[(١)]

٤- أن يكون العاقد مميزا في المعارضات[(٢)] وبالغاً عاقلا في التبرعات[(٣)] أي يشترط أن يكون المتبرع بالغاً سن الرشد.

[(١)] هو عاقد أصالة بالنسبة لنفسه ونيابة بالنسبة للبائع.

[(٢)] عقد المعاوضة ينعقد موقوفا في حالة كون احد العاقدين مميزا غير بالغ سن الرشد، وتترتب عليه الآثار بعد إجازة الولي، فان إجازه ينتج آثاره بالأثر الرجعي من تاريخ إبرامه، وان لم تحصل الاجازة فيعتبر كأنه لم يكن أصلا.

[(٣)] التبرعات هي التي لايأخذ أحد العاقدين مقابلا لما يعطيه للآخر فيكون ضررا محضا وبالتالي يكون باطلاً.

٥- أن يكون محل العقد معينا بالرؤية أو الاشارة أو المواصفات أو قابلاً للتعيين كبيع للمال المثلي الغائب فهو يتعين بالافراز.

٦- أن يكون محل العقد قابلا للتعامل (متقوماً) فلايصح بيع المخدرات لعدم مشروعيتها، ولابيع السمك في النهر وبيع الطير في السماء لعدم حيازتهما.

٧- أن يكون المحل قابلاً للتقسيم إذا كان المشتري يريد الحصول على المبيع مستقلا بعيداً عن الشراكة فلا يصح بيع مال لا يقبل القسمة أو يقبلها مع حدوث الضرر لأحد العاقدين أو كليهما كبيع نصف غرفة مشتركة في دار مشتركة.

فاذا تخلف ركن من أركان العقد المذكوره أو شرط من هذه الشروط يكون العقد باطلا.

شروط صحة العقد:

١- شرط التمييز أو العقل يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الإكراه، فعقد المكرَه فاسد.

٢-كون المحل معيّناً أو قابلاً للتعيين، يحتاج الى وصف مكمّل، وهو خلوّه من الغرر، فإذا كان في تعيينه غرر يكون فاسداً، كان يقول البائع بعتك هذا بكذا نقداً وبكذا تقسيطاً، وبناء على ذلك يجب أن يتفقا مقدماً على مقدار أحدهما، فلا يبقى العوض مترددا بين النقد والتقسيط.

٣- أن لايكون العقد ربويا كعقد القرض بفائدة، فالتاجر الذي يقرض مبلغا لآخر مقابل فائدة يكون عقد القرض فاسدا.

أما المقترض الذي يستلف من البنك مبلغا للبناء أو لعلاج المريض أو أي شيء آخر ضروري فالعقد بالنسبة إليه صحيح لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ[1] فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[2] .

---

[1] اي متجاوزعن حدود حاجته

[2] سورة البقرة ١٧٣.

٤- أن لايكون العقد مقترنا بشرط فاسد، كمن يبيع داره ويشترط على المشتري أن يسمح له في البقاء فيها مدة سنة مثلا بدون مقابل ويضطر المشتري بسان يقبل هذا الشرط لأسباب له مصلحة فيها كقرب الدار من مقر عمله.

٥- كون محل العقد قابلا للتسليم يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الضرر وقت التسليم، فكل عقد يترتب على تسليم محله ضرر، كأن يكلف نقله من محل الى آخر المشتري مبلغاً باهظاً يكون العقد فاسداً.

اهمية التمييز بين الباطل والفاسد:

١- العقد الباطل لايتحوّل الى صحيح بازالة سبب بطلانه بل يجب إعادة إبرامه خاليا عن سبب البطلان بخلاف الفاسد فاذا أزيل سببه يتحول الى الصحيح تلقائيا كتنازل المقرض في عقد القرض بفائدة عن فائدته وكإجازة المكره للعقد الذي أبرمه تحت ضغط الاكراه بعد زوال آثار الاكراه.

٢- الزواج الفاسد بخلاف الزواج الباطل إذا حصل الدخول فيه تترتب عليه الآثار الشرعية الآتية لوجود الشبهة:

أ- إذا تكوّن من الدخول ولد يكون نسبه شرعياً، فله الحقوق وعليه الالتزامات الشرعية.

ب- إذا تم التفريق بين الزوجين تجب على المدخول بها العدّة، وعلى الداخل مهر المثل تعويضا عن الضرر الأدبي الناتج عن الدخول.

جـ- لاتجب عقوبة الزنى على كل من الداخل والمدخول بها.

د- تثبت بهذا الدخول قرابة المصاهرة، فيحرم أصول وفروع المدخول بها على الداخل، وأصول وفروع الداخل على المدخول بها [1] .

---

[1] لمزيد من التفصيل في التمييز بين الباطل والفاسد يراجع للمراجع الحنفية الآتية: بدائع الصنائع للكاساني ٧/٣٠٨٠ ومايليها تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤/٤٣ ومايليها، فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٠٠

المطلب الثاني
أنواع العقد

ينقسم العقد الى عدة أنواع بحيثيات مختلفة كالآتي:

اولاً: من حيث التكييف الشرعي والقانوني للعقد

يقسم الى ثلاثة تقسيمات، التقسيم الثلاثي والتقسيم الرباعي والتقسيم الخماسي.

أ) التقسيم الثلاثي: الى الباطل بطلانا مطلقا، والباطل بطلانا نسبيا قابلاً للابطال، والتصحيح.

١- العقد الباطل بطلاناً مطلقا:- هو الذي تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط إنعقاده فهو والعدم سيان لاتترتب عليه الآثار الشرعية والقانونية الأصلية التي تترتب على العقد الصحيح.

٢- العقد القابل للابطال (الباطل بطلانا نسبياً) :- وهو عقد توافرت فيه أركانه وشروط إنعقاده لكن كان الرضا أو إرادة العاقد معيباً بعيب من عيوب الارادة وهي الاكراه والتغرير والغلط والاستغلال فاذا أجازه من تقررت القابلية للابطال لمصلحته، أصبح نافذا لازماً غير قابل للإبطال، ويكون قابلا للإبطال ايضا اذا كان احد العاقدين ناقص الاهلية.

٣- العقد الصحيح: - هو العقد الذي توفرت فيه أركانه وشروط إنعقاده.

وهذا التقسيم الثلاثي هو تقسيم القانون والفقه الغربيين، وقد تأثر بهما بعض القوانين المدنية العربية، كالمدني المصري القائم والمدني السوري القائم.

ومن وجهة نظرنا المتواضع أن هذا التقسيم خاطئ، ومخالف للمنطق القانوني من الأوجه الآتية:-

أ- إعتبار العقد القابل للابطال غير صحيح لأنه جعل قسيماً للعقد الصحيح وقسيم الشيء مباين له ورغم ذلك يقول أنصار هذا التقسيم إن العقد القابل للابطال ينتج جميع آثاره وهذا خطأ وتناقض بين عدم صحة العقد وترتب الآثار القانونية عليه.

ب- إعتبار عقد الفضولي[١] عقدا قابلا للابطال مع أنه لاتترتب عليه الآثار الابعد الاجازة باعترافهم الصريح.

جـ- إعتبار العقد النافذ غير اللازم عقدا غير صحيح لأنهم يطلقون عليه مصطلح العقد القابل للابطال.

د- إعتبار العقد الموقوف غير صحيح لأنهم يعتبرونه من تطبيقات العقد القابل للابطال مع أنه ينعقد صحيحا ولكن لا تترتب عليه الآثار والحقوق والالتزامات إلا بعد الاجازة.

ومن المؤسف أن نجد أن أكثر القوانين المدنية العربية أخذت بهذا التقسيم الثلاثي وإستبعدت الفقه الإسلامي الذي يُعد أدقّ فقه في العالم بالنسبة لتقسيمات العقد من حيث التكييف الشرعي والقانوني.

ب) التقسيم الرباعي:- وهو تقسيم جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، فقسّموا العقد الى الصحيح والباطل ثم قسّموا الصحيح الى ثلاثة أقسام:

١- العقد الصحيح الموقوف: وهو عقد ينعقد صحيحاً، ولكن لاينتج آثاره الابعد الاجازة ممن له حق هذه الإجازة، كبيع ناقص الأهلية فإنه موقوف وينتج آثاره بعد إجازة الولي.

٢- العقد النافذ غير اللازم: - كالعقد الذي يتم تحت تأثير التدليس وهو إستعمال الطرق الاحتيالية المضلّلة من أحد العاقدين أو شخص ثالث متواطئ، معه لإيقاع العاقد الآخر في الغلط وبالتالي لدفعه الى التعاقد.

٣- العقد الصحيح النافذ اللازم:- وهو الذي توافرت فيه شروط النفاذ واللزوم.

جـ) التقسيم الخماسي: - وهو ماتزعّمه فقهاء الحنفية وعبارة عن الأقسام الأربعة المذكورة لجمهور الفقهاء، إضافة الى قسم خامس وهو العقد الفاسد.

---

[١] وهو لن يبيع شخص مال غيره أو يشتري له مالا بدون نيابة، فإذا أجيز من قبل من تم العقد لمصلحته ترتبت عليه الآثار وإلاّ فيُعد باطلا.

وقد مر تفصيل نشأة العقد الفاسد وأهمية التمييز بينه وبين الباطل. وقد قالوا: العقد الباطل: هو العقد غير المشروع بأصله ووصفه، والعقد الفاسد:- هو المشروع بأصله وغير المشروع بوصفه.

وجدير بالذكر أن المشرّع العراقي أخذ بالتقسيم الخماسي في قانون الأحوال الشخصية[1] وبالتقسيم الرباعي في سائر القوانين العراقية.

ثانياً: من حيث التنظيم مسمّى وغير مسمّى:

١- العقد المسمّى: هو الذي خصه المشرّع أو القانون باسم معين ونظم عناصره وأحكامه كعقد البيع والإيجار والمقاولة وغيرها.

٢- العقد غير المسمى:- هو الذي لم يخصه المشرّع او القانون باسم معيّن ولم ينظّمه بل تركه ينخضع للقواعد العامة.

ثالثاً: من حيث العنصر رضائي، وشكلي، وعيني:

١- العقد الرضائي: هو الذي يكفي لانعقاده وترتب آثاره توافر تراضي العاقدين (توافق إرادتيهما) .

وجدير بالذكر أن أكثر العقود في القوانين المدنية العربية هي عقود رضائية.

٢- العقد الشكلي: هو الذي لايكفي فيه مجرد التراضي بل يجب -إضافة الى ذلك- توفر الشكلية التي يُقرّها القانون، كبيع العقار فهو لا ينعقد ما لم يُسجّل في دائرة مختصة[2].

٣- العقد العيني: وهو الذي لا تتم آثاره إلا بعد القبض، كعقد هبة المنقول والاعارة والرهن الحيازي والوديعة والقرض، فالعقد من هذه الأصناف الخمسة ينعقد، ولكن لاتتم آثاره الا بعد القبض، أي يُنشيء الالتزامات دون الحقوق، خلافاً لما عليه شرّاح القانون من أن العقد في كل صنف من هذه الأصناف لا ينعقد إلاّ بالقبض، ويُلقون اللّوم على الفقه الإسلامي ويتهمونه بأنه غرق في

---

[1] رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المادة السادسة والمادة الثانية والعشرون.

[2] المادة (٥٠٨) من المدني العراقي القائم. والمادة (٣) من قانون التسجيل العقاري القائم.

العقود العينية، في حين أن الإسلام يعتبر العقد العيني وسطاً بين العقد الرضائي والعقد الشكلي، فينشأ الالتزام قبل القبض ولا ينشأ الحق إلا بعده.

رابعاً: من حيث عنصر الزمن، فوري ومستمر:

١- العقد الفوري: هو الذي لايكون الزمن عنصراً جوهرياً في تحديد محله كعقد البيع.

٢- العقد المستمر التنفيذ (أو عقد المدة) :- هو الذي يكون الزمن عنصرا جوهريا في تعيين محله، كعقد الاجارة.

خامساً: من حيث معرفة موضوع الالتزام محدد واحتمالي:

١- العقد المحدد:- هو الذي يعرف كل من العاقدين مقدّماً مقدار ما يعطيه للآخر وما يأخذه منه، كعقد البيع.

٢- العقد الاحتمالي: وهو الذي لايعرف كل من الطرفين مقدما مامقدار مايأخذه وما يعطيه كعقد بيع يكون ثمنه مرتبا مدى الحياة وكعقد التأمين على الحياة مقابل دفع المؤمّن له أقساطاً شهرية.

سادساً: من حيث الطبيعة، مدني وتجاري وإداري:

١- العقد المدني: هو الذي لايقصد به جني الأرباح منه ويخضع للقانون المدني.

٢- العقد التجاري: هو الذي يكون الغرض منه كسب الأرباح ويخضع للقانون التجاري.

٣- العقد الاداري: هو الذي يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً، ويخضع للقانون الاداري.

سابعاً: من حيث المفاوضات:

١- عقد الإذعان: - هو الذي يذعن أحد العاقدين للآخر ويخضع لشروط يفرضها عليه بدون أن يكون له حق المناقشة والمساومة كعقد الكهربا. وعقد الماء وعقد الهاتف ونحو ذلك.

٢- عقد المساومة:- وهو عقد قابل للمفاوضة والمناقشة كعقد الايجار.

ثامنا: من حيث طبيعة المحل عقد المنفعة وعقد العين وعقد العمل:

١- عقد المنفعة: هو الذي يكون المحل فيه منفعة بمقابل كعقد الاجارة وبدونه، كعقد الاعارة.

٢- عقد عيني: وهو الذي يكون المحل فيه عينا من الأعيان، كبيع السيارة.

٣- عقد العمل: هو الذي يرد على العمل، كعقد المقاولة.

تاسعا: من حيث الأصالة، أصلي وتبعي:

١- العقد الأصلي: هو الذي يكون وجوده مستقلا غير مستند الى عقد آخر كالعقود المذكورة.

٢- عقد تبعي: - تابع لعقد أخر وجوداً وعدماً كعقد الكفالة. فاذا إنقضى إلتزام الأصيل ينقضي إلتزام الكفيل.

عاشرا: من حيث الماهية بسيط ومركّب:

١- العقد البسيط: هو ماإقتصر على عقد واحد كعقد الاجارة.

٢- العقد المركَّب: هو الذي يتكون من أكثر من عقد واحد كعقد الفندقة فهو إيجار بالنسبة للسكن، وبيع بالنسبة للأكل، وعمل بالنسبة للخدمة، ووديعة بالنسبة للأمتعة[1] .

حادي عشر:- من حيث العوض:

١- عقد معاوضة وهو الذى يأخذ فيه كل من العاقدين مقابلا لمااعطى كالمقايضة وعقد الايجار.

٢- عقد تبرع وهو الذى لايأخذ فيه احد العاقدين مقابلا لمايعطى كعقد الهبة والعارية.

---

[1] لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا نظرية الالتزام برد غير المستحق ص ١٢٢ ومايليها.

المبحث الثالث

آثار العقد

لكل عقد ينعقد صحيحاً آثار شرعية وقانونية أصلية تسمى الحقوق والالتزامات ، وهذه الآثار قد تكون متبادلة كما في عقد البيع، فللبائع الحق في تسلم الثمن وعليه الالتزام بتسليم المبيع وللمشتري الحق المنصبّ على المبيع وعليه الالتزام بتسديد الثمن فكل منهما دائن ومدين للآخر.

وقد تكون الآثار موزّعة على الطرفين لأ حدهما الحق فقط وعلى الآخر الالتزام وحده كعقد الهبة فالواهب ملتزم بتسليم الموهوب للموهوب له فهو مدين وليس بدائن، وللموهوب له الحق في المطالبة بتسليم الموهوب، فهو دائن وليس مديناً. وتوزع دراسة موضوع هذا المبحث على مطلبين يخصص الاول للتعريف بالحق المالى والثاني للالتزام المالي.

المطلب الاول

التعريف بالحق المالي

الحق: عرّفه فقهاء القانون بتعريفات مختلفة في التعبير او في المعنى وهي لاتخلو من نقص أو زيادة أو عيب، لذا أقترح أن يُعرّف الحق بأنه: (مركز شرعي أو قانوني على شيء من شأنه أن ينتفع به صاحبه أو غيره).

وهذا التعريف يشمل الحقوق الماليه وغير الماليه من الحقوق السياسية والأسرية والمادية والمعنوية.

أقسام الحق:

للحقوق أقسام متعدده كما ذكرنا بحيثيات مختلفة لكن التي تهمنا في هذا المبحث هي الحقوق المالية وهي إمّا عينية أو شخصية: -

١- الحق العيني: سلطة مقررة لشخص معين مباشرة على شيء معين ومن تطبيقاته حق الملكية وحق الانتفاع

٢- الحق الشخصي: عرّفه القانون وفقها. القانون بأنه رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها إحدهما وهو المدين بأن يقوم بعمل أو يمتنع عن العمل أو باعطاء شيء.

هناك محاولة منذ عهد الرومان لهدم هذا التقسيم عن طريق تقريب الحق العيني من الحق الشخصي بارجاع الحقوق جميعا الى الحق الشخصي على أساس انها ترجع الى الروابط بين الأشخاص [١].

وهناك اتجاه آخر يحاول ادخال الحق الشخصي في دائرة الحق العيني [٢]. على أساس أن الحق كله عباره عن قيمة مالية وجزء من الذمة المالية تجري فيه التصرفات التي تجري على الحق العينى يباع مثله ويرهن ويوهب ونحو ذلك.

لكن الاتجاه الذي يجب أن يؤخذ به هو التفرقة بينهما. وجدير بالذكر أن الحق الشخصي في القانون يساوي الدين في الفقة الإسلامي، كما ان الحق العيني في القانون يرادف العين في الفقه الإسلامي. وقد سبق بيان ذلك ومن حيث الطبيعة قُسم الحق الى المادي، كحق الملكية في الدار أو السياره او نحوهما، والى الحق الذهني (او المعنوي)، كحق المؤلف على أفكاره وآرائه ومعلوماته التي دوّنها في مؤلفه، وأما حقه على اصل الكتاب فهو حق مادي.

ثم إنّ الحق إذا خصص للنفع العام يُسمّى حقا عاما، كحق المواطن في الانتفاع بالمرافق العامه للدولة، كالمستشفى والمدرسة ونحوها، وإلاّ فيُسمى حقاً خاصاً.

---

[١] وتزعّم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (بلانيول).

[٢] وعلى رأس أنصار هذا الاتجاه الفقية الألماني (فون جيرك) والفقية الفرنسي (لاميير).

المطلب الثاني
الالتزام المالي

الالتزام:

الالتزام عرّفه المشرّع العراقي في المدني القائم المادة (٦٩) بما يقابل الحق الشخصي، على أساس أنهما كعملة واحدة ذات وجهين، بالنسبة الى الدائن حق شخصي وبالنسبة الى المدين إلتزام.

فنصّت الفقرة الاولى على أن (الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينيا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل).

ونصّت الفقرة الثانية على أنه (يعتبر حقا شخصيا الالتزام بنقل الملكية أيا كان محلها نقداً أو مثليات أو قيميات.

ويعتبر كذلك حقا شخصيا الالتزام بتسليم شيء معين).

ويلاحظ على هذه الفقرة أن الملكية في المنقولات المعيّنة بالرؤية أو الاشاره تنتقل بمجرد العقد لا بالالتزام بعده، كما أن النقد من المثليات فلا داعي لذكره مستقلا.

ونصت الفقره الثالثة على أنه (يؤدي التعبير بلفظ الالتزام وبلفظ الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي) . أي ان هذه الالفاظ الثلاثة مترادفة.

ويلاحظ أن الدين موضوع الالتزام وليس مرادفاً له، وأن الحق الشخصي صفة الدائن والالتزام صفة المدين فما دام الموصوفان متباينين تكون صفتاهما كذلك فكيف يكونان مترادفين؟

ثم إن فقهاء القانون يعتبرون أن الذمه المالية تتكوّن من جزئين أحدهما ايجابي وهو الحق الشخصي، والثاني سلبي وهو الالتزام وأن الذمة دائنه إذا زادت الحقوق الشخصية على الالتزامات، وبعكس ذلك تكون مدينة. وإذا كان الأمر كذلك فكيف

يصح القول بأنهما مترادفان ثم إن الرابطة القانونية في علم الفلسفة من مقولة الاضافة أي صفة مشتركة بين شيئين تصورها بالنسبة لأحدهما يقارن تصور الآخر كما في الأبوة والأخوه.

والالتزام من مقولة الانفعال (التأثر) وصفة خاصة بالمدين فكيف يجوز تعريف صفة خاصة بالصفة المشتركة مع أن المعرِّف والمعرَّف يجب أن يكونا متحدين بالذات حتى يمكن حمل أحدهما على الآخر، وأن يكونا مختلفين بالاعتبار حتى لايلزم حمل شيء على نفسه كتعريف الجريمة بانها محظور يعاقب عليه، وجدير بالذكر أن ما ورد في هذه الماده (٦٩) هو إتجاه فقهاء القانون ومنهم الاستاذ السنهوري حيث عرّف الالتزام بأنه (حالة قانونية[1]).

وهذا التعبير (حالة قانونية) هو نفس تعبير (الرابطه القانونية) فيرد على هذا التعريف مأوردناه على تعريف القانون المدني.

وبناء على ذلك أقترح أن يعرف الالتزام بأنه (تحمل أداء واجب طوعاً[2] أو كرها[3] يترتب عليه إنشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي[4]).

عناصر الالتزام:

يرى أكثر علماء القانون أن عناصر الالتزام ثلاثة وهي: المحل والرضا والسبب وهي نفس عناصر العقد وهذا يرفضه المنطق القانوني لأن عنصر الشي مايتوقف عليه هذا الشيء وبناء على ذلك تكون عناصر الالتزام ستة

١- الإلزام: لانه فعل والالتزام إنفعال (مطاوعة) يقال ألزمته فالتزم.

٢- الملتزم: وهو المدين.

٣- الملتزم له: وهو الدائن

٤- الملتزم فيه: وهو موضوع الالتزام

---

[1] الوسيط /١/١٢٥ البند (١٤) .

[2] كالالتزام المترتب على عقد البيع.

[3] كالالتزام بدفع الضريبة.

[4] بسبب من أسبابه كالوفاء والمقاصة.

٥- الملتزم به: وهو محل الالتزام

٦- سبب الالتزام

وعلى سبيل المثل عقد البيع سبب للالتزام والقانون مصدره الملزم والبائع ملتزم بتسليم السيّارة وملتزم له بتسلّم الثمن، كما أنّ المشتري ملتزم بتسديد الثمن وملتزم له بتسلّم المبيع، والتسليم الذي هو الأداء محل الالتزام.

وقد خلط [1] كثير من القوانين وعلماء القانون بين موضوع الالتزام الذي هو محل العقد وبين محل الالتزام وهو الأداء كالتسليم والتسديد والرد ونحو ذلك. وهذا خطأ، لأن الالتزام من الأحكام التكليفية لا يتعلق إلا بالأفعال دون الأعيان.

مصادر الالتزام:

أقرت القوانين العربية المتأثره بالقوانين الغربية أن مصادر الالتزام خمسة وهي العقد والاراده المنفرده والفعل غير المشروع الضار والإثراء بلا سبب (أو كسب دون سبب) والقانون. وهذا خلط بين الأسباب والمصادر لأن ماعدا القانون يعد في المنطق القانوني أسبابا للالتزام وأن المصدر هو القانون او الشرع وحده للأسباب الآتية: -

١- الإلتزام حكم تكليفي باتفاق فقهاء الشريعة والقانون والحكم التكليفي لا يصدر الا عن الشارع أو المشرع [2]

٢- أجمع فقهاء القانون على ان المصادر للالتزامات المترتبة على الوقائع الطبيعية هو القانون والفرق بينهما وبين الأسباب الأربعة المذكورة ليس الا بتدخل الارادة في تلك الاسباب وعدمها في الوقائع وهذا لا يستوجب اعتبار المصادر في احدهما نفس الاسباب وفي الاخر القانون.

---

[1] كما في القانون العراقي القائم ١٢٩/١ التي تنص على أنه (يجوز أن يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر) والصواب أن يقال يجوز ان يكون (موضوع الالتزام) أو (محل العقد) لان محل الالتزام دائما يكون فعلا وليس عينا من الأعيان.

[2] الشارع يستعمل لذات الله، والمشرع يستخدم للسلطة التشريعية الزمنيه لأن الصيغة الثانية تدل على تحمل الكلفة والمشقة والله منزه عنهما

٣- الاجماع على ان مصدر القضايا الجنائية هو القانون ولا فرق بينهما وبين القضايا المدنية الا بطبيعة الخطأ الذي هو من عناصر المسؤولية وهذا لا يكون مبرراً للتفرقة بينهما من حيث المصدرية.

٤- لا خلاف في ان العقد والارادة المنفردة من أسباب كسب الحقوق، ولا فرق بين الحقوق والالتزامات من حيث كونها من آثار العقد، فلماذا يعتبران من الأسباب في الحقوق ومن المصادر بالنسبة للالتزامات مع وحدة طبيعة الكل وهي الآثار؟!

٥- لو خُلي الإنسان وطبعه لما نفّذ الالتزام غالباً. وبتعبير اخر لو لا خوف من جزاء يفرضه القانون أو الشرع على كل من يُخِل بالتزامه، لما نفّذ كثير من الناس التزامه، لأن القوة الملزمة لتنفيذ الالتزام في الواقع، هو القانون، وبالتالي يكون هو المصدر الوحيد.

٦- قبل نشأة القانون والدولة كان مصدر الالتزام عبارة عن الأعراف السائدة، ثم جاء القانون فحلّ محلّها، فلا يبقى فرق من حيث المصدرية بين البدل والمبدل منه[1].

انواع الالتزام:

ينقسم الإلتزام الى أقسام متعددة بحيثيات مختلفة كالآتي:

اولاً: من حيث الحماية القانونية، مدني وطبيعي:

١- الالتزام المدني: هو إلتزام قانوني كامل يحميه القانون فتسمع الدعوى القانونية بمطالبة تنفيذه، وعلى القاضي ان يحكم بالوفاء به كاملا فإذا كان الوفاء ناقصاً أو كان الملتزم ممتنعاً عن الوفاء بدون مبرر قانوني، يحكم بالجزاء وهو التعويض أو بيع أمواله قسراً لغرض التنفيذ الجبري.

٢- الالتزام الطبيعي: هو الذي فقد الحماية القانونية وصفة التنفيذ الجبري والمسؤولية لسقوطه بالتقادم المسقط ونحوه، اي بمضي مدة التقادم على ترك

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا نظرية الالتزام بالرد غير المستحق ص٣ ومايليها.

المطالبة به، ومدة التقادم في القانون تختلف باختلاف طبيعة الحقوق والالتزامات، وهي عادة تتراوح بين سنة [1] وبين خمس عشرة سنة.

ويتميز الالتزام المدني من الطبيعي بتوفر عنصر المسؤولية اي على الدائن أن ينفذ التزامه باختياره وإلا فيُجبر عليه. وجدير بالذكر ان التقادم المسقط تحول دون سماع الدعوى أي تسقط الدعوى دون الحق، فالحق يبقى بذمة المدين لكن لا يجبر على التنفيذ بل أمر التنفيذ متروك إلى إرادة المدين، فاذا نفذ بإرادته الحرة لا يحق له التراجع بحجة أن التنفيذ كان لألتزام طبيعي.

ثانيا: من حيث صور موضوعه [2] التزام بعطاء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل:

١-الالتزام بعطاء: هو الالتزام بنقل شيء كالملكية مثل إلتزام البائع بإفراز المبيع إذا كان ما لا مثلياً معيّناً بنوعه، أو إنشاء حق عيني كالتزام الجار بإنشاء حق الارتفاق لعقار، جاره من ممر او مجرى او نحوهما من حقوق الارتفاق وكالتزام البائع بنقل ملكية المبيع بتسجيله في دائرة الشهر العقاري في القانون المصري لأن بيع العقار خارج هذه الدائرة المختصة ينشئ الالتزام بالتسجيل ولكن لاينشيء الحق الا بعده بخلاف القانون العراقي (م ٥٠٨) للمدني العراقي و(م ٣) من قانون التسجيل العقاري القائم حيث يكون العقد باطلا لاينشئ التزاما ولاحقا. والشرع الإسلامي لايعارض هذه الشكلية مادامت فيه حماية حقوق الناس.

٢-الالتزام بعمل: سواء كان عملا ماديا كقيام المقاول بانشاء مشروع بعد إكمال عقد المقاولة أو معنوياً (عملاً قانونياً) كنيابة الوكيل عن الأصيل في ممارسة تصرّف قانوني وُكّل فيه، وسواء أكان العمل غير قابل للنيابة بحيث لا يجوز لغيره

---

[1] كما في الاستغلال فتسقط الدعوى بعد مضي سنة، اي على من استغل في العقد ان يطالب برفع الغبن عنه الى الحد المعقول خلال سنة من وقت العقد. المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي القائم.

[2] في شروح القانون (من حيث صور محله) كما وردت في مصادر الألتزام للأستاذ عبدالمنعم البدراوي ص١٥ وهذا خطأ كما ذكرنا مرارا لأن المحل هو الأداء الواجب في جميع الالتزامات والمحل موضوع الالتزام ومحل العقد.

الوفاء به، كالتزام فنان برسم لوحة معيّنة أو طبيب مختص لإجراء عملية، أو كأن يقبل النيابة كالنائب عن المقاول في انشاء مشروع يقبل النيابة.

٣- الالتزام بالامتناع عن العمل: سواء أكان امتناعاً عن عمل مادي كالتزام شخص بعدم منافسة اخر في نشاط تجاري معيّن في منطقة معيّنة، أم التزاما بالامتناع عن عمل قانونى كالتزام البائع بعدم التعرض للمبيع بعد قبضه.

ثالثا: من حيث النتيجة التزام ببذل العناية والتزام بتحقيق الغاية:

١- الالتزام ببذل العناية: كالتزام الجراح ببذل العناية ورعاية أصول وقواعد طبية واتخاذ الحيطة والحذر فيما يتعلق بالاجراء الجراحي فلا يستطيع المريض أو ورثته اقامة الدعوى ضد الطبيب الجراح المختص اذا فشلت العملية رغم بذل العناية

٢- الالتزام بتحقيق الغايه: وهو أن يكون ملتزما بتحقيق غاية خاضعة لإرادته كالتزام الطالب بالنجاح في إمتحان القبول والاجتياز من مرحلة الى أخرى.

رابعاً: من حيث الأجل إلتزام حال والتزام مؤجل:

١- الالتزام الحال: هو الذي لا يتفق الملتزم فيه والملتزم له على تنفيذ الالتزام بعد أجل معيّن، فالمفروض أن كل إلتزام مترتب على العقد حال يجب تنفيذه فوراً ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

٢- الالتزام المؤجل: وهو الذي يتم الاتفاق على تحديد موعد معين في المستقبل لتنفيذه، كالبيع بالتقسيط وكالالتزامات المترتبة على عقد التأمين.

خامساً: من حيث الموضوع عيني وشخصي:

١- الالتزام العيني: هو الالتزام بإداء معين يثبت في عين معيّنة، وبتعبير آخر هو الالتزام الذي يكون موضوعه عيناً معينةً كالالتزام بتسليم المبيع، فهو موضوع الالتزام ومحله هو التسليم.

٢- الالتزام الشخصي: هو الذي يكون موضوعه حقاً شخصياً كالدّين المتعلق بذمة المدين.

وقد زعم البعض أن فكرة الالتزام العيني غامضة في التشريعات الوضعية، فمنهم من يرى أنه إلتزام شخصي عادي وذهب البعض الى أنه إلتزام قائم بذاته فهو وسط

بين الحق العيني والحق الشخصي، ويرى فريق منهم الاستاذ السنهوري أن الالتزام العيني إمتداد للحق العيني وليس إلتزاما قائما بذاته[١].

ونرى أن هذه الخلافات ناتجة عن عدم تعريف جامع مانع لكل من النوعين كما ذكرنا آنفا.

سادساً: من حيث النطاق عام وخاص:

١- الالتزام العام: هو إلتزام كل شخص بأن لايلحق الضرر بالغير بدون مبرر في جميع علاقاته الماليه كالامتناع عن الغش أو التدليس أو الاستغلال أو نحو ذلك ضد الإنسان أياً كان والاخلال به يشكل مسؤولية تقصيرية.

٢- الالتزام الخاص: هو إلتزام احد العاقدين تجاه الآخر والاخلال به يؤدي الى المسؤولية العقدية.

سابعاً: من حيث المنشأ أصلي وتبعي:

١- الالتزام الأصلي: هو التزام مستقل غير تابع لإلتزام آخر، كإلتزام العاقدين في عقد البيع أو عقد الإيجار أو نحوهما، ولا ينقضي هذا النوع إلا بأسباب الانقضاء لجميع الالتزامات.

٢- الالتزام التبعي: هو إلتزام غير مستقل وإنما هو تابع لإلتزام آخر أصلي، فيبقى ببقائه وينقضي بانقضائه، كالتزام الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به الأصيل، فيبقى مستمراً مادام إلتزام الأصيل باقياً فإذا إنقضى بطريقة من طرق الإنقضاء كالوفاء والمقاصة وإتحاد الذمة[٢] ونحوها، ينقضي إلتزام الكفيل تبعاً تلقائياً.

---

[١] ينظر د. عبد العزيز عبد القادر، الالتزام العيني بين الشريعة والقانون ص ٥

[٢] إتحاد الذمة كأن يموت الدائن وينحصر ورثته في المدين.

ثامناً: من حيث الطبيعة مدني وجنائي:

١- الالتزام المدني: هو الالتزام الذي يكون الاخلال به مؤديا الى قيام مسؤولية عقدية كإخلال البائع بتسليم المبيع في زمان ومكان معينين، وكإخلال المشتري بتسليم الثمن في موعده المحدد.

٢- الالتزام الجنائي: - هو الذي يكون الاخلال به جريمة كإخلال الملتزم قانونا بعدم الاعتداء على حياة شخص بريء وكالإلتزام بالإمتناع عن خيانة الأمانة.

تاسعاً: من حيث طبيعة الأداء التزام ذي أداء إيجابي والتزام ذي أداء سلبي:

١- الالتزام ذو الإداء الإيجابي: هو التزام شخص بإعطاء شيء لآخر كإلتزام الواهب بتسليم الموهوب للموهوب له.

٢- الالتزام السلبي أو ذو الأداء السلبي: هو التزام يتطلب من المدين أن يمتنع بموجب الاتفاق عن الإتيان بكل ما كان يجوز أن يقوم به لولا وجود هذا الالتزام كإلتزام المشتري بعدم منافسة البائع في بيع مثل ما يبيعه في محله التجاري[1].

عاشراً: من حيث الوفاء تام وناقص:

١- الالتزام تام الوفاء: - هو أن يقوم المدين بتنفيذ إلتزامه في جميع ما إلتزم به كما هو المطلوب منه شرعاً أو قانوناً أو إتفاقاً.

٢- الالتزام ناقص الوفاء: كالإخلال بإداء ناقص من حيث الكمية أو الكيفية أو التأخير، فإذا ترتب على ذلك ضرر يجب على المدين تعويض هذا الضرر.

حادي عشر: من حيث التنفيذ اختياري وجبري:

١- الالتزام ذو التنفيذ الإختياري: هو الذي يقوم المدين بتنفيذه الذي يسمى الوفاء باختياره.

٢- الالتزام ذو التنفيذ الجبري: وهو الذي يفرضه القضاء على المدين إذا إمتنع عن الوفاء باختياره.

---

[1] ينظر الدكتور عبد الحي حجازي – النظرية العامه للإلتزام ٢/٤ وما يليها

المبحث الرابع
اهلية الالتزام وعوارضها

وتوزّع دراسة الموضوع على مطلبين يخصص الأول للتعريف بالأهلية، والثاني للتعريف بعوارض الاهلية.

المطلب الاول
التعريف بالأهلية

الأهلية:

وهي لغة الصلاحية، يقال فلان أهل لكذا.

وفي الإصطلاح الفقهي تنقسم إلي اهلية الوجوب واهلية الأداء. وكل منهما تنقسم إلي الناقصة والتامة.

ولكل قسم تعريف خاص به لذا لا يمكن تعريف الأهلية بصورة مطلقة لاختلاف ماهيات الأقسام المندرجة تحتها.

أولا: أهلية الوجوب الناقصة:

وهي صلاحية الشخص لإن تثبت له بعض حقوق نافعه لا تحتاج الي القبول كحق الميراث بعد وفاة مورّثه، وحق الوصية بعد وفاة الموصي وحق غلة الوقف اذا كان من الموقوف عليهم.

وتثبت هذه الأهلية للجنين قبل ولادته غير أن ما يثبت له من تلك الحقوق لا تكون ملكيته لها نافذة في حال قيام أسبابها، بل تتوقف علي ولادته حيا فإذا ولد حيا تثبت ماليتها مستندة إلي وقت وجود سببها بالأثر الرجعي.

وإن ولد ميّتا بعد أن كان موجوداً، فيُرد كل ما إحتفظ به له إلى من يستحقه علي تقدير عدم وجوده أصلا.

أمّا الحقوق التي تحتاج الى القبول، كشراء شيء له، فلا تثبت له لأن الجنين قبل ولادته ليست له عبارة وليس له وليّ ولا وصي[1].

ثانيا: أهلية الوجوب الكاملة:

وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه، أي تثبت له الحقوق وتجب عليه بعض الالتزامات بمجرد ولادته حيا ويكون صالحاً لإكتساب الحقوق عن طريق وليه او وصيه نيابة عنه (نيابة شرعية وقانو نية وعليه بعض الالتزامات كالالتزام بنفقة من تجب عليه نفقته اذا كان متمكنا ماليا وعليه الزكاة اذا توافرت شروطها عند من يري أن الزكاة عبادة مالية تغلب فيها المؤنة على العبادة.

وأما من قال بأن جانب العبادة هو الغالب على الجانب المالي، فلا يري وجوب الزكاة في ماله لأنه ليس أهلا للعبادة.

وجدير بالذكر أن أهلية الوجوب الكاملة لا تتأثر بأي عارض من عوارض الأهلية كالجنون، فلو جن بعد الولادة لا يفقد أي حق من حقوقه.

ثالثا: أهلية الأداء الناقصة:

وهي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض وتثبت له هذه الأهلية بإكمال السابعة من عمره وتستمر الى دخوله في سن البلوغ والرشد.

وخلال هذه المدة تكون تصرفاته النافعة نفعا محضا صحيحة مطلقا (أجازها الولي ام لا) كقبول تبرعات مثل الهبات والهدايا والمكافات ونحوها.

وتكون تصرفاته الضارة ضررا محضا باطلة مطلقا (أجازها الولي ام لا) كأن يقوم بدفع مال لغيره بدون مقابل.

---

[1] ذهب بعض الفقهاء الي جواز نصب الوصي للجنين قبل ولادته للحفاظ علي الحقوق التي تثبت له قبل الولادة وبه اخذ قانون الولاية علي المال المصري الصادر ١٩٥٢ نقلا عن الشيخ عيسي احمد عيسوي المدخل للفقة الأسلامي ص ٤٨٢.

أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر أو (الربح والخسارة) كالبيع والشراء والإيجار ونحوها من المعارضات تكون منعقدة غير نافذة وموقوفة علي إجازة وليه فإذا وافق صحت بالأثر الرجعي وإن لم يوافق تعتبر كأن لم تكن أصلا فلا تترتب عليها الآثار الشرعية والقانونية.

وجدير بالذكر ان الأهلية الناقصة في القضايا الجنائية تكون بعد اكمال التاسعة من عمره.

رابعا: أهلية الأداء الكاملة:

وهي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه وتحمل المسؤولية المدنية والجنائية بدون ولي أو وصي ولصدور التبرعات والمعارضات منه علي وجه يعتد به شرعا وقانونا دون توقفها علي رأي غيره.

و ترتفع الولاية عن القاصر بعد ثبوت رشده أي حسن تصرفه في ماله وقدرته علي إستعماله وإستغلاله إستغلالا حسنا لقوله تعالي ﴿ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ[1] ... ﴾

و يخضع تقدير بلوغه سن الرشد لسلطة القاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة.

---

[1] سورة النساء / ٦

المطلب الثاني
عوارض الأهلية

تنقسم عوارض الأهلية من حيث تدخل الإرادة في حدوثها وعدم تدخلها إلي اللا إرادية وتسمي سماوية، والإرادية وتسمي للمكتسبة. وفي كلتا الحالتين لا تؤثر علي أهلية الوجوب كما ذكرنا.

و من هذه العوارض:

اولا: العوارض اللاإرادية المؤثرة على اهلية الأداء بنوعيها (الكاملة والناقصة)

١-الجنون: وهو آفة تصيب الإنسان فتحدث خللا في قوته المميزة بين النافع والضار والحسن والقبيح والمدركة لعواقب الأمور في الحال والمستقبل.

وأثر هذا العارض أنه يزيل أهلية الأداء بنوعيها بحيث يصبح حكم هذا المصاب بهذه الآفة كحكم الصبي غير المميز فجميع تصرفاته تكون باطلة فلا تترتب عليها الحقوق والالتزامات المدنية كما يرفع الالتزامات الجزائية وبالتالي يكون مانعا من موانع المسؤولية الجنائية.

والجنون اما مطبق (مستمر) او غير مطبق (غير مستمر) أي يصيب الإنسان في بعض الأوقات دون بعض وما يصدر عنه من التصرفات المالية أو من الجرائم في أوقات الافاقة يعتدُّ بها الشرع والقانون ويرتب عليها الآثار.

وأما ما يصدر عنه أثناء الجنون فيعتبر كالمعدوم فلا يترتب عليها إلتزامات جنائية، أمّا إتلافاته الضارّة فإنّها موجِبة للتعويض.

٢-الإغماء: وهو مرض يحدث في الدماغ ويعطل القوي المحركة والمدركة لكن لا يزيل العقل من أصله وإنما يجعله مشلولا في حالة الإغماء..

وحكمه حكم المجنون والصبي غير المميز في الالتزامات المدنية والجنائية لفقدان الإدراك والقصد.

٣- النوم: وهو فتور طبيعي يعرض للإنسان في أوقات منتظمة ولا يزيل العقل من أصله ولكن يجعله مشلولا.

وحكمه حكم العارضين السابقين من حيث الآثار الشرعية والقانونية.

٤- العته: وهو آفة لا إرادية تورث خللا في العقل فيصبح صاحبه مختلط الكلام فبعضه يشبه كلام العقلاء، وبعضه مثل كلام المجانين وبهذا الإعتبار يكون نوعين:

أحدهما لايبقي معه إدراك وتمييز فيكون حكمه حكم المجنون فيما ذكرنا.

والثاني لا يفقد تمييزه كليا ولكن يفقد إدراك الراشدين العاديين.

والمصاب بهذا النوع حكمه حكم الصبي المميز.

ثانيا: العوارض التي تؤثر علي أهلية الأداء الكاملة فقط دون الناقصة:

ومنها:

١-السفه: وهو خفة يصاب بها الإنسان فتدفعه الي العمل بما يخالف مقتضي العقل السليم والشرع والقانون مع قيام العقل حقيقة. فيحجر عليه من قبل القاضي ويكون حكمه كحكم تصرفات الصبي المميّز.

٢-الغفلة: وهي ضعف في الإدراك بحيث لا يهتدي المصاب به الى التصرفات الرابحة وحكمها كحكم السفيه فيما ذكرنا.

ثالثا: العوارض التي لا تؤثر علي الأهلية مطلقا لكن تحدد من تصرفات الإنسان:

وهي:

١- مرض الموت: وهو ان يكون الغالب فيه الهلاك عادة حسب التقرير الطبي كمرض السرطان مثلا حيث لم يصل العلم والطب لحد الأن الي كشف طرق علاجه فهذا المرض يسبب في تقييد تصرفاته ولكن لا يؤثر علي عقله فكل

تصرف يحتاج اليه المريض أولا يمس حقوق الدائنين أو الورثة صحيح نافذ لا يتوقف علي إجازة أحد، وما عدا ذلك من التصرفات يكون موقوفاً علي إجازة صاحب الحق من الدائنين أو الورثة، وهذا العارض لا تأثير له على أهلية الأداء بنوعيها، لأنه لا يؤثر على عقل الإنسان وتمييزه.

٢- دين يستغرق أموال المدين أو يزيد عليها.

وتصرفاته بعد الحجر عليه تكون موقوفة على إجازة من يتضرر من هذا التصرف من الدائن أو الوارث أو نحوهما، ويباع مال المدين المحجور عليه جبراً عدا مستلزمات حياته الضرورية للوفاء بديونه إذا لم يقم به باختياره.

ويستنتج من إستعراض العوارض المذكورة ما يأتي:

أ- الصغير غير المميز والمجنون والمعتوه القريب من المجنون محجورون لذواتهم وتصرفاتهم باطلة أذن الولي أم لا.

ب- والسفيه وذو الغفلة والمدين الذي يستغرق دينه أمواله، محجورون لغيرهم (حكم القاضي).

ج- للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله وإن لم يأذن له في التجارة ويكون الأذن مطلقاً ومقيّداً.

د- للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند إمتناع الولي عن الأذن وليس للولي أن يحجز عليه بعد ذلك.

هـ - للمحكمة بعد إذن الولي أن تعيد الحجر على الصغير[1] .

---

[1] ينظر المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المواد (٩٤- ١٠١) .



الفصل السابع

شؤون الأسرة (الاحوال الشخصية)

الأسرة نواة المجتمع، إن صلحت صلح المجتمع وسادت الفضيلة وإن فسدت فسد المجتمع وعمت الرذيلة لذا إهتم بها القرآن الكريم فبين بشيء من التفصيل شؤونها وأحكامها فنظم حقوق وواجبات كل فرد من أفراد الأسرة بدءاً بالولادة وإنتهاء بوفاته من زواج وطلاق ورضاع وحضانة ونفقة وترك التفصيلات لاجتهادات فقهية لتنظيم الاسرة حسب متطلبات الحياة وتطورها على أن لايخرج هذا التنظيم عن إطار الشرع ودائرة الأخلاق.

ونتناول دراسة الزواج والطلاق بايجاز في مبحثين.

المبحث الأول
الزواج ومايتعلق به

الزواج: ميثاق بين رجل وامرأة بموجبه يحل كل منهما للآخر على أسس الحب المتبادل والاحترام المتقابل والسكينة والمودة والرحمة والمسؤولية المشتركة[١].

أركان الزواج:

وهي عبارة عن الايجاب الصادر من أحد الزوجين والقبول الصادر من الآخر أو ممن ينوب عنهما بصيغة تدل على إبرام الزواج لغة أو عرفاً[٢] او شرعاً.

شروط الانعقاد:

١- أهلية الأداء.
٢- أن يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد حقيقة[٣] أوحكما[٤].
٣- مطابقة الايجاب والقبول.
٤- سماع وفهم كل من الموجب والقابل لمايصدر عن الآخر.
٥- عدم ثبوت مانع من موانع الزواج ثبوتا قطعياً[٥].

---

[١] إخترت تعبير (ميثاق) في هذا التعريف لوروده في القرآن الكريم في قوله تعالى (وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا) سورة النساء/٢١. ثم ان تعبير (عقد) غالبا يستعمل للقضايا المالية والمرأة أثمن من أن تثمن بالمال.

[٢] وحصر الاركان في الايجاب والقبول هو رأي الحنفية وهم على الصواب.

[٣] إذا كان إبرام الزواج بين الحاضرين في مجلس واحد.

[٤] إذا كان الزواج بين غائبين ففي هذه الحالة يجب حضور شاهدين على كل من الايجاب والقبول لانهما في مجلسين حقيقة والانعقاد يكون في مجلس القبول.

[٥] أي في الأمور الجوهرية المتعلقة بالزواج.

شروط الصحة:

شروط صحة كل تصرف شرعي زواجا كان أم غيره هو أن تتوقف عليها هذه الصحة بحيث إذا تخلف شرط واحد منها يكون التصرف فاسداً[١].

أهم شروط صحة الزواج:

١- حضور شاهدين متمتعين بأهلية كاملة يسمعان كلام كل من العاقدين ويستوعبان بأن المقصود منه إبرام عقد الزواج. فالزواج بدونهما فاسد.

٢- عدم توقيت الزواج فكل زواج مؤقت كزواج المتعة وزواج التحليل[٢] يكون فاسدا.

٣- عدم تعليقه على شرط فاسد مفسد كزواج الشغار[٣].

٤- عدم كون الزوج أو الزوجة أو الولي في إحرام الحج[٤].

٥- كون صيغة الزواج منجزة غير مضافة الى المستقبل.

شروط النفاذ:

شرط النفاذ مايتوقف عليه نفاذ الزواج بأن تترتب عليه أثاره الشرعية من الحقوق والالتزامات، فاذا تخلف شرط من شروطه يكون الزواج موقوفاً على إجازة من له حق الإجازة.

ومن أهم الشروط:

١- كون العاقد كامل الأهلية أي بالغاً سن الرشد، فزواج ناقص الأهلية موقوف على إجازة وليه.

---

[١] وإذا تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط إنعقاده يكون الزواج باطلاً. وإذا تخلف شرط الصحة يكون فاسدا

[٢] وهو تزويج المطلقة ثلاثاً من شخص على أن يدخل بها ليصح رجوعها بعقد جديد الى الزوج الأول. وهذه الطريقة فاسدة لاتتفق مع حكمة قوله تعالى(فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ)

[٣] وهو أن يزوج رجل أخته أو إبنته من آخر على أن يزوج هو اخته أو بنته منه.

[٤] لقول الرسول (ﷺ) (لاينكح المحرم ولا يُنكَحَ).

٢- زواج الولي موليته البالغة العاقلة الرشيدة بدون إذنها، فإذا لم تجز هذا الزواج يعتبر كأن لم يكن.

شروط اللزوم:

وهي شروط إذا توفرت لايحق لأي من العاقدين فسخه بدون مبرر.
ومن أهم هذه الشروط:

١- عدم وجود عيب في أحد الزوجين من العيوب التي تبرّر التفريق القضائي.
٢- عدم كون أحد الزوجين عديم الاهلية بالصغر أو الجنون فزواج الصغير أو الصغيرة أو المجنون أو المجنونة بإذن الولي والقاضي مع قيام مصلحة شرعية ينعقد صحيحا وتترتب عليه آثاره الشرعية لكن حين البلوغ أو الإفاقة من الجنون يحق لمن كان عديم الاهلية وقت الزواج أن يفسخ زواجه.
٣- اذا كان الزواج بدون إذن الولي وكان الزوج غير كفء يحق للولي بعد علمه أن يطلب من القاضي فسخ الزواج.

مُحرّمات الزواج:

المحرمات من النساء قسمان: محرمات حرمة مؤبدة ومحرمات حرمة مؤقتة.

القسم الاول: محرمات حرمة مؤبدة:

وهي ثلاثة أنواع:

١- محرمات بسبب النسب: - فيحرم على الرجل فروعه من النساء وفروع فروعه كالبنات وبنات البنات وبنات الإبن وإن نزلن.
وأصوله من النساء وأصول أصوله وإن علون كالأم والجدة.
وفروع أبويه وفروع فروعهما كالأخت وبناتها وبنات الأخ وإن نزلن.
وفروع أجداده وجداته (الأعمام والعمات والاخوال والخالات)..

٢- محرمات بسبب المصاهرة: فيحرم على الرجل فروع زوجته وأصولها من النساء. ويحرم عليه زوجات أصوله (زوجات الأب والجد وإن علا) وزوجات فروعه (زوجات الإبن وإبن الإبن وإن نزل).

٣-محرمات بسبب الرضاعة: قال الرسول(ﷺ) (يحرم من الرضاع مايحرم من النسب). لكن هذا ليس على إطلاقه وإنما يسري التحريم على الرضيع وحده ذكرا كان أم أنثى فيصبح أحد أولاد أسرة المرضعة شأنه شأن الولد من النسب في التحريم ولايسرى على إخوة الرضيع وأخواته فيجوز الزواج بينهم وبين أولاد المرضعة.

القسم الثاني: محرمات حرمة مؤقته:

وهي خمسة أنواع:

١- زوجة الغير ومعتدته.

٢- المطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى فلا تحل للزوج المطلق حتى تنكح زوجا غيره زواجا إعتياديا لازواج تحليل لانه باطل لوجود شرط التطليق ولو كان ضمنيا بعد الدخول ولكونه زواجا مؤقتا ولأن الزوجة لاترضى بهذا الزوج المحلل أن يكون زوجا لها مدى الحياة. وبالاضافة الى ذلك يجب تحقق الدخول من الزوج الجديد ثم الطلاق ثم إنتهاء العدة من هذا الزواج[1].

٣- الجمع بين المحارم كالجمع بين الأختين والجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها، فلا يحل هذا الزواج إلابعد الفرقة من الزوجة الاولى وإنتهاء عدتها.

٤- زواج خامسة وفي عصمته أربع نساء. فإذا طلق إحداهن يجوز له الزواج من زوجة أخرى.

---

[1] قال تعالى (فَإِن طَلَّقَهَا فَلَاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) اي طلقها للمرة الثالثة لأنه قال في الآية السابقة (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) وقوله تعالى (أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) هو الطلاق للمرة الثالثة.

المهر:

ومن متعلقات الزواج المهر، وهو هدية رمزية من الزوج الى الزوجة كنقطة البداية للتعارف وبداية الحياة المشتركة، فهو ليس ركنا ولاشرطا في الزواج لقوله تعالى: ﴿لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً...[1]﴾.

وإذا طلقها الزوج قبل الدخول يتشطر الى نصفين يرجع الى الزوج نصفه لكن يثبت لها كل المهر بالوفاة أو الدخول.

مهر المثل:

يجب مهر المثل (مثل الزوجة) إذا لم يسم المهر في الزواج أو كان المهر المسمى غير متقوم كالمخدرات أو كان مجهولا أو كان مغصوبا مثلا.

آثار الزواج:

من آثاره النفقة فيجب على الزوج نفقة زوجته بمجرد إنعقاد الزواج ولو كانت غنية.

ومن آثاره أيضا الميراث فيرث كل منهما من الاخر بمجرد عقد الزواج وإن لم يحصل الدخول.

---

[1] سورة البقرة / ٢٣٦ والمراد بالفريضة المهر المقدر ومن الواضح أن الطلاق لايكون إلابعد الزواج الصحيح فهذه الآية تشير إلى أن المهر ليس ركنا ولاشرطا لصحة الزواج.

المبحث الثاني
الطلاق ومايتعلق به

الطلاق:

هو رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فُوّضت أو من القاضي بالتفريق القضائي بعد طلب أحد الزوجين وثبوت سبب من أسباب التفريق.

للزوجة طلب التفريق إذا ثبت أنها متضررة في حياتها الزوجية ضررا ماديا أو معنويا بحيث يتعسر تحمله عادة.

لايقع طلاق السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض. ولايقع الطلاق غير المنجز (المعلق على الشرط أو المضاف الى المستقبل) كما لايقع بصيغة اليمين.

أنواع الطلاق:

الطلاق قسمان:

١- **الطلاق الرجعي:** وهو كل طلاق بعد الدخول بشرط أن يكون للمرة الأولى أو الثانية وأن لايكون بعوض ولابتفريق قضائي.

حكمه: -جواز إستئناف الحياة الزوجية قبل إنتهاء العدة بدون عقد جديد.

٢- **الطلاق البائن:** هو كل طلاق قبل الدخول أو للمرة الثالثة أو بعوض أو بالتفريق القضائي.

حكمه: إن كان بائنا بينونة صغرى يجوز الاستئناف للحياة الزوجية بعقد جديد لقوله تعالى: ﴿...وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً...[1]﴾.

---

[1] سورة البقرة /٢٢٨.

وإن كان بائنا بينونة كبرى بأن طلقها للمرة الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ويدخل بها وتحصل الفرقة بينهما بالطلاق أو بالوفاة.

آثار الطلاق:

١- حق الزوجة في التزوج بآخر بعد إنتهاء عدتها.

٢- وجوب دفع المهر لها إذا كان مؤجلا كله أو بعضه.

٣- لها نفقة العدة.

٤- لها طلب الأجرة على إرضاع طفلها وعلى حضانته.

طرق انقضاء العدة[١]:

أ- تنقضي عدة الزوجة المطلقة بالآتي:

١- بوضع الحمل إن كانت حاملا ولم تكن الفرقة بالوفاة.

٢- وبثلاثة قروء إن كانت من ذوات الحيض.

٣- وبثلاثة أشهر إن لم تبلغ سن الحيض أو كبيرة داخلة سن اليأس من الحيض، أو لم تكن من ذوات القرء أصلا(خلقة).

ب- عدة المتوفى عنها زوجها تنقضي بالآتي:-

١- بمرور أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة إن لم تكن حاملاً.

٢- بأبعد الأجلين من المدة المذكورة ووضع الحمل إن كانت حاملاً.

الرضاعة:

يجب على أم الولد إرضاع طفلها مالم يكن لها عذر مشروع لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ... [٢]﴾.

---

[١] قال سبحانه وتعالى (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ) سورة البقرة/٢٢٨. وقال تعالى (وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) سورة الطلاق/٤. وقال في عدة الوفاة (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا) سورة البقرة ٢٢٤

[٢] سورة البقرة /٢٣٣.

الحضانة:

هي حفظ من لايستقل بأموره وتربيته بما يحقق مصلحته والأم أحق بحضانة الولد وتربيته مالم يتضرر المحضون من ذلك ويشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون. وتجب أجرة الحضانة على من تجب عليه نفقة المحضون.

الوصية:

هي تصرف في التركة مضاف الى مابعد الموت مقتضاه التمليك بلاعوض.

ويشترط في الموصي أن يكون أهلا للتبرع ومالكا للموصى به. ويشترط في الموصى له أن يكون موجودا إذا كان معينا بالذات وأن لا يكون قاتلا للموصي ولاجهة معصية.

ويشترط في الموصى به أن يكون مالا متقوما قابلاً للتعامل.

الميراث:

هو مايستحقه الوارث من نصيب في تركة مورثه بعد اخراج الحقوق المتعلقة بها.

التركة:

مايتركه المتوفي من أموال وحقوق مالية والحقوق المتعلقة بالتركة تكون متسلسلة كالآتي:

١- نفقات نقل المتوفى الى مثواه الاخير.

٢- الديون ان وجدت.

٣- تنفيذ الوصية إن وجدت.

٤- الباقي للورثة بالقرابة والزوجية الصحيحة.

أسباب الميراث اثنان: - القرابة والزوجية الصحيحة.

أركان الميراث ثلاثة:

١- المورث(المتوفى) .

٢- الموروث (التركة).

٣- الوارث وهو من يتوفر فيه سبب الميراث.

شروط الميراث أربعة:

١- وفاة المورث.

٢- حياة الوارث بعد وفاة المورث

٣-وجود السبب (القرابة أوالزوجية)

٤- انتفاء مانع من موانع الميراث.

موانع الميراث المتفق عليها: .

١-القتل: لا يرث القاتل من تركة مقتوله لقول الرسول(ﷺ) (لا يرث القاتل).

٢- اختلاف الدين: فالمسلم لايرث من غير المسلم وغير المسلم لايرث من المسلم لقول الرسول (ﷺ) (لا يتوارث أهل الملتين) .



الفصل الثامن

الجرائم والعقوبات

الجريمة: هي اما فعل محرم او ترك واجب بدون عذر شرعي فالاول يشكل جريمة ايجابية والثاني جريمة سلبية ركنها المادي هو الامتناع عن اداء الواجب بدون مبرر. فالقتل والسرقة والغصب وخيانة الامانة والزنا والتعاون على الاثم والعدوان... من الجرائم الايجابية. وترك الصلاة والصيام والزكاة وترك التعاون على البر والتقوى وترك انقاذ الغريق او شبه ذلك من الجرائم السلبية.

والعقوبات: قتل، وقطع، وجلد، وسجن، او حبس ونفي او كفارة.

وقد قسم فقهاء الشريعة الجريمة باعتبار خطورتها وتحديد عقوبتها او عدم التحديد الى ثلاثة اقسام رئيسة وتوزع دراستها على ثلاثة مباحث.

المبحث الاول
جرائم الحدود

وهي جرائم الاعتداء على المصالح الضرورية لحياة الإنسان من الدين والحياة والمال والعرض والعقل. ولخطورة هذه الجرائم ثبت تجريمها بالنص، وحدّدت عقوباتها بالنص، ولذلك سميت بجرائم الحدود. كجريمة السرقة والزنا والقذف والردة وتعاطي المسكرات والبغي

جريمة السرقة:

وهي: اخذ العاقل البالغ المختار نصابا خفية عمن هو متصد للحفظ ما لايتسارع اليه الفساد من المال المتقول للغير من حرز مثله بلاشبهة[1].

وبناء على هذا التعريف يجب ان يتوفر في السرقة العناصر الاتية:

١- ان يكون السارق بالغا عاقلا فلا قطع على القاصر.

٢- ان يكون المسروق نصابا وقدر حده الأدنى بما يعادل عشرة دراهم فضية اوربع دينار ذهبي او ما يعادل ذلك في كل عصر فلا قطع فيما يكون اقل من ذلك.

٣- ان يكون المال لا يتسارع اليه الفساد فلا قطع على سرقة الفواكه ومشتقات اللبن ونحو ذلك.

٤- ان يكون المال متقوما فلا قطع على سرقة الخمر ونحوها.

٥- ان يكون في حرز المثل اي مايحفظ فيه مثل هذا المال المسروق عادة فلا قطع اذا كانت السرقة لمال ليس في حرز مثله.

٦- ان يكون المال للغير فلا قطع اذا سرق ماظن أنه مال غيره ثم تبين انه ماله.

٧-ان لايكون السارق مضطراً الى ارتكاب السرقة.

---

[1] شرح فتح القدير ٥/٣٥٤ وحد النصاب، بعشرة دراهم او مقدارها والدراهم عملة قديمة مصنوعة من الفضة.

٨- ان يتوفر لديه القصد الجنائي.

٩- ان لا توجد شبهة الحلال فلا قطع عند أكثر الفقهاء في السرقات بين الاصول والفروع وبين الزوجين، وبين الشركاء...

فاذا توفرت هذه الشروط وثبتت بالبينة(الشهادة) او الاقرار تطبق على السارق العقوبة المحددة في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ...[1]﴾.

جريمة الزنا:

قال سبحانه و تعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاء سَبِيلاً[2]﴾.

اركان جريمة الزنا:

١. الفعل المادي (الوطء): وهو ايلاج الإنسان ذكره في فرج امرأة محرمة من غير عقد ولاشبهة.

٢. الزاني والزانية: ويشترط فيهما:

أ- البلوغ والعقل.

ب- الاختيار

جـ- عدم توفر الشبهة باية طريقة كانت.

٣. القصد الجنائي: ويعتبر القصد الجنائي متوفرا اذا ارتكب الرجل الفعل وهو عالم انه يطأ امرأة محرمة عليه او اذا مكنت المرأة نفسها وهي تعلم بان الذي يطأوها محرم عليها. فاذا أتى احدهما الفعل وهو لا يعلم بالتحريم فلا حد عليه.

---

[1] سورة المائدة/ ٣٨.

[2] سورة الاسراء/ ٣٢.

ادلة اثبات جريمة الزنا:

حفاظاً على سمعة العائلة وستراً على مرتكب الخطيئة شددت الشريعة في اثبات جريمة الزنا وهي لاتثبت الا بأربعة شهود، أو باقرار الجاني اربع مرات، وهو بالغ عاقل مختار امام القضاء.

عقوبة جريمة الزنا:

ا- على الزاني غير المتزوج وغير المتزوجة مائة جلدة.
ب- وعقوبة المتزوج والمتزوجة هي الاعدام بالرجم عند بعض الفقهاء. وعند البعض الآخر الرجم منسوخ بالجلد، لأن الأول ثبت بالسنة النبوية، والثاني بالقرآن وهذا ما نرجحه.

جريمة القذف:

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ. إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ وَأَصْلَحُواْ وَبَيَّنُواْ فَأُولَـئِكَ أَتُوبُ عَلَيْهِمْ وَأَنَا التَّوَّابُ الرَّحِيمُ[١]﴾.
والقذف في الاصطلاح الشرعي نسبة الزنا الى الغير بدون ان يستطيع اثباته باربعة شهداء او باقرار المقذوف.

اركان جريمة القذف:

١- الفعل المادي وهو الرمي (اي نسبة الزنا الى الغير)
٢- القاذف البالغ العاقل المختار.
٣- المقذوف المحصن (العفيف عن الزنا) على ان يكون على قيد الحياة وان يكون معلوما.
٤- القصد الجنائي.

---

[١] سورة النور / ٤، ٥

والعقوبات الواردة في الاية الكريمة المذكورة ثلاث وهي:

١- ثمانون جلدة.

٢- عدم قبول شهادته.

٣- اعتباره فاسقا.

جريمة الردة:

قال سبحانه وتعالى: ﴿..وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَـئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَأُوْلَـئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ[١]﴾.

للرتد: هو المسلم الذي غير دينه. فالردة مقصورة على المسلمين ولا يعتبر مرتدا من يغير دينه من غير المسلمين.

واعتبر فقهاء الإسلام المرتد مهدر الدم لسببين: احدهما انه كان معصوما بالإسلام فلما ارتد زالت عصمته فاصبح مهدرا. وثانيهما ان عقوبة المرتد في الشريعة القتل حدا لا تعزيرا لقول الرسول(ﷺ) (لا يحل قتل امرئ الا باحدى ثلاث: كفر بعد الايمان ، وزنا بعد احصان، وقتل نفس بغير نفس) ولقوله (من بدل دينه فاقتلوه) اي من بدل دينه وعمل ضد الا سلام ولايقتل إلا بعد الأستتابة وطلب الرجوع الى الإسلام مدة ثلاثة ايام ولكن لم يرد في القرآن عقوبة دنيوية.

جريمة تعاطي المسكرات: قال سبحانه وتعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبيِّنُ اللّهُ لَكُمُ الآيَاتِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاء فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللّهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ[٢]﴾

ويدل هذا النص على التحريم القطعي لتعاطي المسكرات بكافة انواعها من الاوجه الاتية:

---

[١] سورة البقرة / ٢١٧

[٢] سورة المائدة ٩٠ / ٩١

١- وضع المسكر في مصاف الميسر والقمار والانصاب (الاصنام) والازلام (السهام التي كان أهل الجاهلية يستقسمون بها) .

٢- اعتباره رجسا والرجس لا يقبل التطهير بخلاف النجس.

٣- اعتباره من اعمال الشيطان.

٤- الامر بالاجتناب عنه امر وجوب والزام.

٥- كونه مصدر شر وعداوة وبغضاء لما يتفوه به السكران من القول المنكر.

٦- كونه سببا لصد الإنسان عن ذكر الله وعن الشعور بالمسؤولية.

٧- الامر بالانتهاء والكف عنه على وجه الحتم والالزام[١]

عقوبة السكران:

اذا كان السكران بالغا عاقلا مختارا عالما بتحريم المسكر وثبتت الجريمة امام القضاء بالشهادة او الاقرار لو بالوسائل الاخرى يعاقب باربعين جلدة حدا وللإمام (رئيس الدولة) ان يزيد عليها اربعين اخرى تعزيرا[٢]

---

[١] يراجع مؤلفنا للمسؤولية الجنائية في الشريعة الاسلامية ص٣١ وما بعدها

[٢] للمهذب لابي اسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي ٢/٢٨٦ وما بعدها.

المبحث الثاني

جرائم القصاص والدية

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً[1]﴾

جرائم القصاص والدية هي جرائم الاعتداء على نفس وما دون النفس وهي تشمل جرائم القتل والجرح والضرب. ويجب القصاص في حالة العمد العدوان ، وتجب الدية في حالة العفو عن القصاص او امتناعه لمانع من الموانع الشرعية ، وفي حالات القتل شبه العمد والقتل خطأ ، وفي اتلاف عضو من اعضاء الإنسان أو جرحه خطأ.

أركان القتل:

القتل ازهاق روح انسان بفعل شخص وبذلك تكون أركانه ثلاثة:

١-وجود انسان على قيد الحياة ازهقت روحه.

٢- وقوع فعل يحدث من الجاني.

٣- وجود رابطة سببية بين الفعل المسند الى الجاني وبين الموت الذي حدث على اثره.

انواع القتل:

قسّم جمهور الفقهاء القتل الى ثلاثة انواع:

النوع الاول: القتل العمد:

يكون القتل عمدا اذا توفرت فيه العناصر الاتية:

أ- ان يصدر عن القاتل فعل يؤدي الى وفاة المجني عليه.

ب- ان يتعمد الجاني النتيجة (اي يقصد تحقيقها) وهي الموت.

---

[1] سورة الإسراء / ٣٣.

ج- ان تكون الوسيلة المستخدمة في تنفيذ الجريمة مميتة غالباً.

د- ان يكون بين الفعل والموت رابطة سببية فاذا توفرت هذه العناصر وثبتت الجريمة امام القضاء يحكم عليه بالقصاص وقبل تنفيذه يؤخذ راي الورثة وولي الدم لان الله خولي المجني عليه بين ثلاثة خيارات في قوله ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا[1]﴾ والسلطان هو ان له ان يطلب تنفيذ القصاص ، او يعفو عن القصاص ويعدل الى التعويض (الدية) او يتنازل عن الحقين.

وذلك لان حكمة تشريع القصاص شفاء صدور الاولياء وورثة المجني عليه والزجر وحماية حياة الابرياء كما قال سبحانه تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ[2]﴾

وهذه الحكمة تتحقق في حالة اخذ رأي الورثة في تنفيذ العقاب.

النوع الثاني: القتل شبه العمد (او الضرب المفضي الى الموت):

يكون القتل شبه عمد اذا توفرت العناصر الاتية:-

١. ان يأتي الجاني فعلاً يؤدي لوفاة المجني عليه ضرباً كان او جرحاً او أي ايذاء اخر.

٢. ان يتعمد الجاني الفعل المادي المؤدي الى الوفاة.

٣. ان لايقصد تحقيق النتيجة الحاصلة (القتل). وهذا العنصر هو معيار الفرق بين القتل العمد والقتل شبه العمد ويستنبط القاضي ذلك من ظروف القضية ومن شهادة الشهود ومن الوسيلة المستعملة في الجريمة.

٤. قيام رابطة سببية بين فعل الجاني وبين موت المجني عليه واذا توفرت هذه العناصر تجب عليه عقوبتان:

أ- الدية: وهي التعويض ويدفع من ماله لامن مال العاقلة لتوفر القصد الجنائي لديه.

ب- الكفارة: وهي تحرير انسان مستعبد، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً.

---

[1] الاسراء ٣٣

[2] البقرة ١٧٩

النوع الثالث: القتل الخطأ:

ويكون القتل خطأ اذا توفرت العناصر الآتية:

١- أن يصدر عن الجاني فعل يؤدي الى وفاة المجني عليه.

٢- ان يخطأ الجاني في الفعل أو في القصد.

أ- الخطأ في الفعل كأن يقصد فعلاً مشروعا ويؤدى الى نتيجة غير مشروعة كمن قصد تنظيف سلاحه وخرجت منه الطلقة فوقعت على صدر المجني عليه وكان الجاني يجهل وجود هذه الطلقة.

ب- الخطأ في القصد بان قصد معتديا فاصاب بريئاً لم يره على حقيقته ولم يشخصه.

٣- ان يكون بين الفعل والموت رابطة سببية فاذا توفرت هذه العناصر تجب على الجاني الكفارة وعلى عاقلته (عشيرته) اونقابته او مؤسسته الدية (التعويض) والسر في وجوب الدية على العاقلة هو ان الإسلام لايرى من العدالة الحاق المشقة المالية بالقاتل الذي يرتكب جريمته نتيجة خطأ غير مقصود ويتحمل مثل هذا الإنسان البائس المسؤولية الكاملة من تلك الجريمة غير المقصودة ولانه معذب نفسياً ولايضاف اليه عذاب مادي اخر[1].

---

[1] ينظرالمغني لابن قدامة (عبدالله بن احمد المقدسي) ٧/٦٢٥ ومابعدهاشرح الخرشي للإمام محمد الخرشي المالكي على مختصر الخليل للامام ابي ضياء سيدي خليل ٨/٢ ومابعدها" المهذب لابي اسحاق الشيرازي الشافعي ٢/١٧٣ ومابعدها.
الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي ٢/٣٩٦ ومابعدها.
المحلى لابن حزم الظاهري (ابي محمد بن احمد) ١٠/٣٤٢ ومابعدها.

المبحث الثالث

جرائم التعازير

جريمة التعزير:

هي جريمة لم تحدد عقوبتها بنص من القرآن أو السنة بل ترك امر تقدير وتحديد هذه العقوبة لسلطة ولي الامر (رئيس الدولة) بتعاون مع اهل الشورى وذلك في ضوء متطلبات المصالح العامة وحجم الجريمة وخطورة المجرم.

وبناء على ذلك نستطيع ان نقول ان اكثر الجرائم في قانون العقوبات العراقي وغيره تدخل ضمن هذا القسم الثالث من الجرائم.

وتتنوع من حيث الاساس جرائم التعزير الى ثلاثة انواع:

١) النوع الاول: كل جريمة من جرائم الحدود والقصاص اذا تخلف شرط من شروط تنفيذ العقوبة المحددة لها او حصلت فيها الشبهة تتحول تلقائيا الى جريمة تعزيرية تحدد عقوبتها من السلطة التشريعية الزمنية.

وعلى سبيل المثل: جريمة الزنا تثبت باربعة شهود فان ثبتت بثلاثة او اثنين تتحول الى جريمة تعزيرية يعاقب الجاني بالحبس مثلاً وكذلك جريمة السرقة بين الاصول والفروع وبين الزوجين. وبين الشركاء فيها شبهة ولذلك تتحول الى جريمة تعزيرية يعاقب السارق بالحبس مثلاً بدلاً من قطع اليد.

٢) النوع الثاني: كل جريمة ثبت تجريمها بالنص من القرآن او السنة ولكن لم تحدد عقوبتها بالنص تعتبر جريمة تعزيرية ويكون تقدير العقوبة من السلطة التشريعية الزمنية.

ومن هذه الجرائم، جريمة التجسس المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا[1]﴾. وجريمة شهادة الزور المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿...فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ[2]﴾ وجريمة غش المكاييل والموازين المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ[3]﴾. وجريمة الغصب والنهب والسلب المنصوص عليها في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ...[4]﴾ وجريمة الرشوة الثابتة بقول الرسول(ﷺ): (لعن الله الراشي والمرتشي والرائش[5]).

وغير ذلك من سائر الجرائم الاخرى التي ثبتت بنص من القرآن الكريم أو السنة النبوية وترك تقدير عقوباتها لولي الامر بتعاون اهل الشورى واهل الحل والعقد.

٣) النوع الثالث: الجرائم المستحدثة وهي الجرائم التي لم يرد بشأنها نص لا لتجريمها ولالعقابها بل يقوم ولي الامر بتعاون اهل الشورى باستحداث هذه الجرائم وهي عبارة عن الافعال التي تضر بالمصالح العامة من الناحية الاخلاقية او الاقتصادية او الصحية او غيرها ومن هذا القبيل جرائم التهريب. وجرائم مخالفات نظام المرور وهذا النوع الثالث غير ثابت يختلف باختلاف تطور الحياة.

---

[1] سورة الحجرات/ ١٢.
[2] سورة الحج/ ٣٠
[3] سورة المطففين / ١،٢،٣
[4] سورة البقرة / ١٨٨.
[5] سبل السلام / ٤/ ١٦٤.



الفصل التاسع

العلاقات التي تخضع للقانون العام

سبق ان بينا ان الفقه الإسلامي عالج هذه العلاقات ولكن حظها كان اقل من العلاقات الاخرى في المعاملات المالية والاحوال الشخصية والعبادات وذلك بسبب طبيعة نظام الحكم الذي تحولت من الجمهورية والشوروية الى الوراثية والفردية.

ومع ذلك هناك نصوص قرآنية اتت بمبادئ عامة واسس كلية بامكان المجتهد ان يستنبط منها في كل عصر القواعد والأحكام التي تنظم هذه العلاقات وبصورة خاصة في العلاقات الدستورية والدولية بالاضافة الى أن هناك فقهاء من المسلمين قد ابدعوا في الأحكام التي تنظم العلاقات الدولية تحت عنوان (السير) مثل محمد بن الحسن الشيباني وهو من اكبر اصحاب ابي حنيفة الذي كان له دور كبير في نشر هذا المذهب واكثر فقهاء القرن الثاني الهجري انتاجاً واخر الكتب التي الفها الشيباني هو كتاب (السير الكبير) وضمنه احكام العلاقات الدولية بين الدولة الإسلامية وبقية الدول في حالتي الحرب والسلم فتكلم عن اهل السلم واهل الحرب من المشركين وبين احكام الأسرى من الفريقين سواء كانوا رجالاً ام نساء صغاراً ام كباراً. واحكام الامان على اختلاف ضروبه والمستامنين والرسل الذين كانوا يوفدون الى دار الإسلام من دار الحرب. والحصانات التي يتمتعون بها، وغنائم الحرب، واحكام الصلح والتحكيم، واحكام الاراضي التي يستولي عليها اهل الحرب في الحرب، واهل الإسلام في الحرب، ونقض المعاهدات، وجرائم الحرب. هذا الى مئات من المسائل المتعلقة باهل الحرب وصلاتهم بالمسلمين في حالتي الحرب والسلم.

وقد اعتمد الشيباني في ذلك كله على القرآن الكريم او الاحاديث التي قيلت في حروب الرسول على اثر حوادث معينة وقعت، وعلى الأحكام التي وقعت اثناء حروب المسلمين وفتوحاتهم كما استخدم القياس في احايين كثيرة.

ومن هنا يبدو شأن هذا الكتاب في ناحية القانون الدولي الإسلامي وقد اعجب به هارون الرشيد عندما اطلع عليه وعده من مفاخر ايامه.

وزاد الاهتمام به في ايام الدولة العثمانية فترجم الى اللغة التركية في ايام السلطان محمود خان واتخذ اساساً لاحكام المجاهدين العثمانيين في حروبهم مع الدول الاوربية. كما عنى به الكثيرون فشرحوه، واهم شرح له هو شرح السرخسي والجمال الحصري.

وقد كان الشيباني بتأليفه في امور تتعلق بالقانون الدولي اسبق من غروسيوس الهولندي (١٥٨٣-١٦٤٥م) الذي عاش في القرن السابع عشر وسمى ابا القانون الدولي لانه بحث احكاماً خاصة بهذا القانون.

وقد اهتم المعنيون بالقانون الدولي بابراز دور الشيباني. في وضع اسس وقواعد القانون الدولي قبل رجال القانون بمئات السنين. واسست في (غوتنجن) بالمانيا جمعية الشيباني للحقوق الدولية وضمت علماء القانون الدولي في بلاد العالم[١].

ومن كبار ائمة الفقه الإسلامي الذين عالجوا العلاقات الدولية في حالتي السلم والحرب ايضا الإمام الاوزاعي (٨٨-١٥٧هـ) وله مؤلف معروف باسم (كتاب سير الاوزاعى) تناول فيه احكام الحرب ومايتعلق بها[٢].

ونوزع دراسة الأحكام الخاضعة للقانون العام على خمسة مباحث نتناول في الاول احكام العلاقات الدولية، وفي الثاني الأحكام الدستورية، وفي الثالث احكام المالية العامة. وفي الرابع الأحكام الإدارية. ونختم الموضوع بمبحث خامس لاحكام القضاء.

---

[١] راجع شرح كتاب السير لمحمد بن الحسن الشيباني املاء محمد بن احمد السرخسي. تحقيق الدكتور صلاح الدين المنجد ١٩٥٨، ج١، ص١١ ومابعدها.

[٢] محاسن المساعي في مناقب الإمام ابي عمرو الاوزاعي تحقيق الامير شكيب ارسلان. الدكتور عبدالله الجبوري، مطبعة الارشاد، ج١ ص٧٧.

المبحث الاول

أسس العلاقات الدولية

بنى الإسلام العلاقات بين الشعوب والامم على الاسس الستة الاتية:

الاساس الأول: وحدة النسب بين بني البشر

فقد نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على أن جميع أفراد الاسرة البشرية إخوة وأخوات من أب واحد وأم واحدة وشيمة الاخوة هي المساواة في التعامل والتعاون والتكاتف والتكافل للعيش الكريم على بساط كوكب الأرض لاستثمار خيرات هذا الكوكب مع عدم التمييز بالافضلية بالمنصب والوظيفة أو المركز السياسي أو الاجتماعي أو الاداري وإنما الافضلية لمن يكون أقرب الى الله وأنفع للناس فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ...[1]﴾.

الاساس الثاني: وحدة المعدن

نص القرآن الكريم في أيات متعددة على ان المعدن الذي خلق ويخلق منه الإنسان هو التراب والتراب متواضع يمشي عليه كل كائن حي متحرك بالارادة فعلى من يخلق من التراب أن يكون متواضعا مثله.

ومن البدهي ان كل فرد من أفراد الإنسان يتكون من عنصرين عنصر حيمن الرجل وعنصر بييضة الانثى وهذان العنصران يتكونان من المواد الغذائية التي

---

[1] سورة الحجرات /١٣.

تتكون من التراب فاذا كل إنسان مخلوق من معدن التراب كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنتُم بَشَرٌ تَنتَشِرُونَ[١]﴾.

وقد أكد الرسول(ﷺ) هذين الاساسين في حجة الوداع فقال (كلكم من آدم وآدم من تراب لافضل لعربي على أعجمي ولاابيض على اسود إلابالتقوى) .

الاساس الثالث: وحدة الصانع

فكل انسان صانعه وخالقه واحد وهو الله عزوجل فالإنسان ليس كسلعة سوقية بعضها من صنع اليابان مثلا فتفضل على السلعة المصنوعة من الصين مثلا فمادام الصانع واحداً يكون المصنوع على درجة واحدة من الجودة والرداءة قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ[٢]﴾.

الاساس الرابع: وحدة المصالح المشتركة

فالرسالات الالهيه كلها اتت لتحقيق مصالح الإنسان وفي مقدمتها الرسالة المحمدية قال سبحانه وتعالى مخاطباً رسوله محمداً(ﷺ): ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ والرحمة هي المصلحة الايجابية (المنفعة المستجلبة) والسلبية (المفسدة المستدرأة). سواء كانتا ماديتين أو معنويتين،دنيويتين أو أخرويتين وجميع مافي الارض من الكائنات الحية والجمادات خلق كل ذلك لأجل مصلحة الإنسان وجميع خيرات الارض مشتركة بين أفراد الإنسان كما قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً...[٣]﴾ فلكل انسان أن يأخذ نصيبه من خيرات الارض والسماء حسب حاجته على أن لايتجاوز على نصيب غيره.

---

[١] سورة الروم / ٢١

[٢] سورة البقرة / ٢٥

[٣] سورة البقرة / ٢٩.

الأساس الخامس: وحدة المصير

فمصير الكل مفارقه الحياة وملاقاة الموت بدون تمييز بين القوي والضعيف فقال سبحانه وتعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَآئِقَةُ الْمَوْتِ وَإِنَّمَا تُوَفَّوْنَ أُجُورَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ..[١]﴾.
وقال تعالى: ﴿أَيْنَمَا تَكُونُواْ يُدْرِككُّمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنتُمْ فِي بُرُوجٍ مُّشَيَّدَةٍ...[٢]﴾

الأساس السادس: وحدة المسؤولية

بالإضافة الى ماذكرنا من مبررات عدم وجود الحصانه لأي انسان أيا كانت منزلته فان للمنصب أو الوظيفة في الإسلام ليس حقا ولامركزا يتميز به من غيره، انما هو تكليف وتحميل للمسؤولية، فالمركز الذي يحتله أي مسؤول إنما هو خدمة لغيره.
وفي صحيح مسلم[٣] (عن أبي ذر؈ قال قلت يارسول الله ألا تستعملني[٤] قال فضرب بيده على منكبي ثم قال ياأباذر إنك ضعيف وإنها أمانه وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها).
لهذا الحديث الشريف أصل عظيم في إجتناب المناصب والوظائف ولاسيما بالنسبة لمن كان فيه ضعف عن القيام بوظائف تلك المناصب لعدم كفائته وضعف أهليته.

---

[١] سورة آل عمران / ١٨٥
[٢] سورة النساء / ٧٨.
[٣] صحيح مسلم ٣/١٤٥٧.
[٤] أي توظفني وتعينني بمنصب

المبحث الثاني
احكام العلاقات الدولية

الإسلام يأمر بان يكون تنظيم هذه العلاقات كماذكرنا مبنيا على اساس الاخوة البشرية وبالتالي على أساس السلم والمحبة والونام والتعاون والتضامن.

والإسلام يأمر بالتمسك بالسلم وعدم اللجوء الى استخدام القوة الافي حالات استثنائية ضرورية يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ ادْخُلُواْ فِي السِّلْمِ كَافَّةً وَلاَ تَتَّبِعُواْ خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُّبِينٌ﴾[١].

واللجوء الى استخدام القوة والحرب في تلك الحالات الاستثنائية يسمى جهاداً وقد حدد القرآن الكريم الاهداف والمبررات التي يجب الجهاد لاجلها. منها الدفاع عن العقيدة فقال تعالى: ﴿الَّذِينَ آمَنُواْ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللّهِ وَالَّذِينَ كَفَرُواْ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ الطَّاغُوتِ فَقَاتِلُواْ أَوْلِيَاء الشَّيْطَانِ إِنَّ كَيْدَ الشَّيْطَانِ كَانَ ضَعِيفاً[٢]﴾.

ومنها: مقاومة الفتنة وازالتها قال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لاَ تَكُونَ فِتْنَةٌ...[٣]﴾ ومنها حق الدفاع الشرعي عن النفس ومادون النفس والعرض والمال. فقال تعالى: ﴿...فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...[٤]﴾.

مبادىء الإسلام التي تقيد مشروعية الحرب:

وضع الإسلام مبادىء انسانية وطلب رعايتها في الحرب ومنها ما يلي:

١- الوفاء بالعهود والمواثيق وتحريم الغدر والخيانة في الظاهر والخفاء.

---

[١] سورة البقرة /٢٠٨

[٢] سورة النساء /٧٦.

[٣] سورة البقرة /١٩٣.

[٤] سورة البقرة /١٩٤

٢- احترام الإنسانية. وتكريم البشرية والدعوة الى الاخاء الشامل ايا كان الطرف المقابل.
٣- اعتبار الفضيلة والاخلاق اساس العلاقات الدولية في الحرب والسلم على حد سواء.
٤- الاخذ بالرحمة في الحالات التي تطلب الرحمة والعفو عند المقدرة.
٥- العدالة المطلقة وعدم التجاوز عن الحدود المطلوبة لتحقيق النصر او اللجوء الى التفاوض والسلم.

وصايا الحرب:

هناك وصايا للمجاهدين المسلمين عليهم ان يتقيدوا بها منها واردة في القرآن الكريم والسنة النبوية، ومنها اوصى بها الخلفاء الراشدون ومن هذه الوصايا: -

أ- عدم التجاوز عن الحد المشروع قال تعالى: ﴿...فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾.

ب – وقال الرسول(ﷺ): (لاتغدروا ولا تغلوا ولا تقتلوا وليداً..... وستجدون رجالاً في الصوامع معتزلين للناس فلا تعرضوا لهم.... ولا تقتلن امراة ولا صغيرا ولا كبيرا فانيا، ولا تحرقن نخلا، ولا تقلعن شجرا، ولا تهدمن بيتا) .

جـ- وقال الخليفة الاول ابو بكر الصديق رضي الله عنه (ولاتخونوا ولا تغدروا ولاتقتلوا طفلاً وشيخا كبيراً. ولا امرأة ولا تقلعوا نخلا ولا تحرقوه، ولاتقطعوا شجرة مثمرة. ولاتذبحوا شاة ولابقرة ولابعيراً).

د- وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه (اني امرك[1] ومن معك من الاجناد بتقوى الله على كل حال فان تقوى الله افضل العدة على العدو واقوى للمكيدة في الحرب وامرك ومن معك ان تكونوا اشد احتراسا من المعاصي منكم من عدوكم فان ذنوب الجيش اخوف عليهم من عدوهم. وانما ينصر المسلمون بمعصية عدوهم لله. ولولا

---

[1] يخاطب احد قادة الجيش.

ذلك لم تكن لنا بهم قوة لان عددنا ليس كعددهم ولاعدتنا كعدتهم فان استوينا في المعصية كان لهم الفضل علينا في القوة).

هـ- وقال علي بن ابي طالب﷜ (اياك والدماء وسفكها بغير حلها فانه ليس شيء أدنى لنقمة، ولا أعظم لتبعةٍ ولا أحرى بزوال نعمة من سفك الدماء بغير حقها فلا تقو سلطانك بسفك دمٍ حرام، فان ذلك مما يضعفه ويوهنه بل يزيله وينقله)[1].

معاملة اسرى الحرب:

أمر القرآن الكريم بحسن معاملة الاسرى في حالة الاسر وعدم اهانتهم او تعذيبهم او تجويعهم، وحدد مصير الأسير بفكه من الأسر إمّا منّا (اي بدون مقابل) وإمّا فداء بمقابل وغالبا يكون هذه المقابلة بتبادل الاسرى.

فقال سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنّاً بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا...[2]﴾.

وقال سبحانه وتعالى في بيان الابرار من بني البشر وعد اوصافهم: ﴿وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِيناً وَيَتِيماً وَأَسِيراً[3]﴾.

اي ان الابرار الذين يقدمون الطعام الى المسكين واليتيم والاسير على الرغم من حبهم لهذا الطعام وحاجتهم اليه فحبهم يدفعهم الى روح الايثار وتفضيل هؤلاء على انفسهم.

وبناء على ذلك فإن الإسلام يأمر بان يعامل الاسير معاملة حسنة اثناء الاسر كما يأمر باخلاء سبيله واعادته الى اهله وبلده إمّا منّاً وإمّا بمقابل، وقدم المن على الفداء تشجيعا على اختياره وتفضيله على الفداء.

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع مؤلفنا فلسفة الشريعة.
[2] سورة محمد /٤.
[3] سورة الانسان /٨

ايقاف الحرب واللجوء الى السلم:

امر القرآن الكريم قادة جيش المسلمين بان يقبلوا فورا طلب العدو ايقاف القتال واللجوء الى السلم في حل المسألة التي قامت الحرب لاجلها فقال القرآن الكريم: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ...[1]﴾.

الدبلوماسية في الإسلام:

الدبلوماسي هو الرسول الذي يتابع اخبار الذي بعثه. والسفير هو الرسول والمصلح بين القوم. وقد استعمل كلا المصطلحين للموفد الدبلوماسي وغلب معنى الاصلاح والوساطة في استعمال كلمة (السفير) وورد في القرآن الكريم هذا المصطلح فقال سبحانه وتعالى: ﴿بِأَيْدِي سَفَرَةٍ كِرَامٍ بَرَرَةٍ﴾ وسفرة جميع سفير.

وقد بعث الرسول(ﷺ) عددا من الرسل والموفدين الى ملوك البلاد المجاورة كالنجاشي ملك الحبشة والمقوقس ملك مصر، وكسرى ملك فارس، وهرقل امبراطور الروم، وحملوا اليهم كتبا مصدرة بشعار (سلام على من اتبع الهدى) يدعوهم فيها النبي الى الإسلام.

وكذلك بعث النبي(ﷺ) الى بعض رؤساء القبائل العربية ومنهم المنذر بن ساوى ملك البحرين. وجعفر الجلندي ملك عمان وكانت اكثر الاجوبة ايجابية من قبل الملوك ورؤساء القبائل. وكذلك ارسل الخلفاء كتبا وبعثات دبلوماسية مماثلة في أيام الخلفاء الراشدين والامويين والعباسيين.

الحصانات الدبلوماسية:

الإسلام اقرّ الحصانة للممثلين الدبلوماسيين على لسان نبيه(ﷺ) وكالنموذج لهذه الحصانة قال النبي لرسولي مسيلمة الكذاب (لولا ان الرسل لا تُقتل لضربت اعناقكم).

---

[1] سورة الانفال/٦١.

وسنة الحصانة الدبلوماسية اتبعها اصحاب الرسول وخلفاؤه والمسلمون في العصور الإسلامية الاولى كما في الوقت الحاضر[١].

حرمة المعاهدات في الإسلام:

امر القرآن الكريم بالوفاء بالالتزامات التي تترتب على المعاهدة اذا كانت صحيحة مستوفية لشروطها الشرعية ويحرم الاخلال بها مالم يسبق الى هذا الاخلال الطرف الآخر للمعاهدة.

فقال القرآن الكريم ﴿...وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً...[٢]﴾

وقال ﴿وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ اللّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلاَ تَنقُضُواْ الأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلاً إِنَّ اللّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ[٣]﴾ وأمر القرآن الكريم بالالتزامات المترتبة على هذه المعاهدة.

فقال القرآن الكريم ﴿إِلاَّ الَّذِينَ عَاهَدتُّم مِّنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْئاً وَلَمْ يُظَاهِرُواْ عَلَيْكُمْ أَحَداً فَأَتِمُّواْ إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَى مُدَّتِهِمْ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ[٤]﴾.

وقد تم عقد معاهدات في عهد الرسالة ومنها:-

أ- الوثيقة التي كتبها النبي(ﷺ) في المدنية في اوائل ايام هجرته اليها وهي كتاب بين المؤمنين من المهاجرين المكيين والانصار اليثربيين من جهة وبين اليهود من جهة ثانية وبموجب ذلك اقر اليهود على دينهم واموالهم واشترط لهم وعليهم ماتضمنته تلك الوثيقة.

وقد أقرت لهم حرية العقيدة والرأي. وحرمة النفس والحياة (الحرية الشخصية) وحرمة المال (حرية الملكية الشخصية) وغيرها من الحقوق والحريات الاخرى.

---

[١] لمزيد من التفصيل راجع الدكتور صبحي محمصاني، القانون والعلاقات الدولية في الاسلام. طبعة بيروت، ص١٣٧ ومابعدها.

[٢] سورة الاسراء/ ٣٤

[٣] سورة النحل/٩١

[٤] سورةالتوبة/٤

ب- ومن معاهدات النبي ايضا صلح الحديبية الذي عقد بينه وبين قبيلة قريش في مكة في السنة السادسة للهجرة(٦٢٨م) وهي معاهدة تحالف على عدم الاعتداء بين مسلمي المدينة ومشركي مكة. وهذه المعاهدة تعتبر كسابقة لجواز عقد المعاهدات مع غير المسلمين لمدة محددة، كما كانت اعترافا رسميا من جانب المكيين بالدولة الفتية الإسلامية في المدينة.

وكانت مدتها في الاصل عشر سنوات ولكن انتهت بعد مضي سنتين بنقضها من قبل قريش[1].

---

[1] ويوجد نص هذه المعاهدات في سيرة ابن هشام. وفي حياة محمد لهيكل /ص٢٦٢، ٢٢١. وتناولها بالبحث الاستاذ صبحي محمصاني في المرجع السابق /ص١٤٠.

المبحث الثالث
الأحكام الدستورية

المقصود من الأحكام الدستورية هو مجموعة القواعد الاساسية العامة التي تحدد طبيعة الحكم في الدولة وترسم قواعده فيها. وتضع الضمانات لحقوق الافراد وتوضح مدى سلطاتها عليهم، وتنظّم سلطاتها العامة واختصاصات هذه السلطات.

والقرآن الكريم، لم يحدد طبيعة نظام الحكم بل ترك ذلك لمتطلبات الحياة مع مراعاة المصالح العليا في كل وقت.

ولكن أكّد ضرورة بناء الدولة على اربعة أسس رئيسة.

الأساس الأول: الشورى واهلية القائد

قال سبحانه وتعالى-وهو يخاطب رسوله-: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللّهِ لِنتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لاَنفَضُّواْ مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللّهِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ [(١)]﴾.

وتُستنبط من هذه الآية الكريمة الأحكام الاتية:-

اولاً- على قادة الامة ان يقتدوا بسيدنا محمد(ﷺ) وان يتصفوا بهذه الصفات القيادية قال تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ... [(٢)]﴾.

ثانياً- ان حسن الخلق للقائد وغيره هبة ورحمة من الله ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللّهِ لِنتَ لَهُمْ... [(٣)]﴾

ثالثاً- الفظ هو الإنسان الذي يكون سيّء الخُلق. واما غليظ القلب فهو الذي لا

[(١)] سورة آل عمران / ١٥٩.
[(٢)] سورة الاحزاب / ٢١.
[(٣)] سورة آل عمران/ ١٥٩

يتأثر بشيء. فقد لا يكون الإنسان سيء الخلق لاحد ولكنه لا يُرق لهم ولا يرحمهم.

فالقائد يجب ان لايتصف بأية واحدة من هاتين الصفتين، لانهما تتعارضان مع الوظيفة الإدارية.

رابعاً- يجب في القائد ان تتغلب فيه صفة العفو، لأن الغرض من العقاب هو الإصلاح فمادام هنالك بصيص من الامل في الاصلاح عن طريق العفو فيجب الكف عن اللجوء الى العقاب.

قال تعالى في وصف المؤمنين: ﴿الَّذِينَ يُنفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَاظِمِينَ الْغَيْظَ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ[١]﴾.

خامساً- هذه الآية تدل على انّ سيّدنا محمدا(ﷺ) كان مأمورا بالاجتهاد في غياب الوحي، وان الاجتهاد يتقوى بالمناظرة والمباحثة فلهذا كان مأمورا بالمشاورة.

سادساً- إذا كان النبي(ﷺ) وهو المختار لآخر الرسالة من رسالات السماء ملزما بأن يلجأ الى المشاورة وان لا يصنع أي قرار بارادته المنفردة، فان غيره من قادة الامة عليهم من باب اولى عدم صنع القرار بالارداة المنفردة[٢].

سابعا- إذا تم الرأي واتخذ القرار بالمشاورة فلايجب ان يقع الاعتماد عليه فحسب، بل يجب التوكل على الله وإعانته أيضاً.

ثامناً- ليس التوكل ان يُهمل الإنسان نفسه وإلاّ كان الأمر بالمشاورة منافياً للأمر بالتوكل، بل التوكل هو أن يُراعي الإنسان الأسباب الظاهرة ويعتمد بقلبه على الله.

الأساس الثاني: العدل

العدل هو اعطاء كل شخص مايستحقه فاذا اعطى الاكثر في المكافأة مثلا او عوقب بالأقل كما في الجريمة تسمى الزيادة او النقصان احسانا كما قال تعالى: ﴿إِنَّ

---

[١] سورة آل عمران/١٣٤.

[٢] لمزيد من التفصيل راجع تفسير الفخر الرازي المعروف بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب للإمام محمد الرازي ٩/٦٢وما بعدها.

اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ...[1]﴾ وقد سمى بعض علماء القانون الفرق المذكور عدالة وهذا خطأ لأن العدل مصدر والعدالة حاصل المصدر فمن حيث المعنى لايختلفان لوحدة مادتهما(ع د ل).

العدل أساس رئيس في كل حكم، أياً كانت طبيعته، وقد نص على هذه الحقيقة القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً[2]﴾.

وتدل هذه الآية الكريمة على ان الامانة هي كل واجب على الإنسان يكون ملزماً بأدائه تجاه ربه ونفسه وغيره[3]. ورعاية الامانة مع ربه هي فعل مامر به الله وترك مانهاه عنه. واما امانة الإنسان مع نفسه فهي ان لايختار لها الاماهو الانفع والاصلح له في الدين والدنيا وان لايقدم بدافع من الشهوة او الغضب على مايضره.

والامانة تجاه غيره: هي مايجب ان يقوم به تجاهه من القيام بفعل نافع والامتناع عن فعل ضار.

وتولي مسؤولية قيادة الامة امانة بذمة القائد والإمام (رئيس الدولة) فعليه ان يؤدي هذه الامانة مقترنة بالعدل والاحسان كما يقول القرآن ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ[4]...﴾ وان يكون عادلا في كل مايقوله ويامر به.

كما يطلبه القرآن ﴿...وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُواْ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى...[5]﴾.

وان تكون تصرفاته عادلة حتى مع الاعداء. كما يأمر به القرآن ﴿...وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلاَّ تَعْدِلُواْ اعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى...[6]﴾.

---

[1] النحل \ ٩٠
[2] سورة النساء/٥٨.
[3] تفسير الرازي المرجع السابق /١٠ /١٤٥ ومابعدها.
[4] سورة النحل /٩٠.
[5] سورة الانعام/١٥٢.
[6] سورة المائدة /٨

الأساس الثالث: المساواة

وهو عبارة عن التوازن بين حقوق الفرد والتزاماته، بحيث لاتزيد احداهما على الأخرى، رعاية المساواة من أهم ركائز استقرار كل حكم، سواء أكان إسلامياً أم غير إسلامي، لأن للمساواة من الحقوق الطبيعية، وهي تلازم آدمية الإنسان. تحتمها سنة الحياة فكل خلل في هذه الركيزة تنعكس اثارها السلبية ومردودها السيء على الفرد والمجتمع والحكم نفسه.

وأساس المساواة في نظر الإسلام هو رابطة النسب والتلاقي في أصل واحد بالاضافة الى الروابط الاخرى.

فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ... [1]﴾. واكد هذه الحقيقة الرسول(ﷺ) في قوله (الناس سواسية كاسنان المشط). أي يا أيها المختلفون اجناساً وألواناً، المتفرقون شعوباً وقبائل، إنكم من اصل واحد، فلا تختلفوا ولا تتفرقوا. والذي يناديكم هو ربكم وخالقكم من ذكر وانثى وهو يطلعكم على الغاية من جعلكم شعوبا وقبائل، انها ليست التناحر والخصام انما هي التعارف والتعاون والوئام. فاما اختلاف الالسنة والالوان واختلاف الطبائع واختلاف المواهب والاستعدادات فتنوع لايقتضي النزاع والشقاق بل يتطلب التعاون للنهوض بجميع التكاليف والوفاء بجميع الحاجات وليس للون والجنس واللغة والاقليم وسائر مثل هذه المعاني حساب في ميزان الله. انما هنالك ميزان واحد تتحدد به القيم ويعرف به فضل الناس ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾.

وهكذا تتوارى جميع اسباب النزاع والخصومات في الارض وترخص جميع الماديّات التي يتكالب عليها ويظهر سبب مهم واضح للالفة والتعاون وهو، ألوهية الله للجميع وخلقهم من اصل واحد[2].

---

[1] سورة الحجرات/١٣.

[2] انظر سيد قطب /ظلال القرآن /٢٦/ ١٤٣.

الأساس الرابع: الحرية

اعترف الإسلام للفرد بحرياته وحقوقه، ومن هذه الحريات والحقوق:

أ) حق الملكية الفردية، وكفله بأحكام متعددة منها تحريم الاعتداء على هذا الحق في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ...[١]﴾.
ومنها تقرير عقوبة شديدة على السرقات فقال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ[٢]﴾.
ولكن الإسلام لم يجعل حق الملكية حقا مطلقا كما بينا ذلك في محله

ب) حرية الرأي: فمن الامور الدنيوية غير ذات الصبغة الدينية للفرد الحرية في ان يبدي من الاراء مايشاء ولكن دون عدوان (اي دون ان يكون قاذفا او سابا او داعيا الى الفتنة والفوضى). فقد قال سبحانه وتعالى: ﴿لاَّ يُحِبُّ اللّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوَءِ مِنَ الْقَوْلِ...[٣]﴾.
واما في الامور ذات الصبغة الدينية فان لكل من تتوفر فيه شروط الاجتهاد في كل مسالة لم يرد بشأنها نص يدل على حكمها دلالة قطعية ان يجتهد ويبدي رايه فيها.

جـ) حرية العقيدة: كفل الإسلام ايضا حرية العقيدة الدينية في ايات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاء رَبُّكَ لآمَنَ مَن فِي الأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعاً أَفَأَنتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُواْ مُؤْمِنِينَ[٤]﴾.
ومنها قوله تعالى: ﴿لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ...[٥]﴾ وكذلك نجد في القرآن الكريم ايات كثيرة تحث الفرد على ان تكون عقيدته نابعة عن الاستدلال عن طريق النظر والتامل لا عن طريق مجرد المحاكاة وتقليد الابوين او غيرهما.

---

[١] سورة النساء/٢٩.
[٢] سورة المائدة/٣٨.
[٣] سورة النساء/١٤٨.
[٤] سورة يونس/٩٩.
[٥] سورة البقرة /٢٥٦.

المبحث الرابع
الأحكام الإدارية

لم يحدد الإسلام طبيعة الوارادات والمرافق العامة للدولة وانما ترك ذلك لتنظيم العقل السليم في ضوء متطلبات الحياة المتطورة ورعاية المصالح العليا للامة في كل زمان ومكان.

وقد قرر فقهاء المسلمين ان رئيس الدولة هو مستودع السلطة التنفيذية فهو الذي يمارسها بصورة مباشرة وغير مباشرة بحكم مسؤوليته عن الرعية أمام الله وامام الناس.

وعليه الاستعانة بغيره من ذوي الاختصاص واصحاب الخبرة والكفاءة كل في حقل عمله واختصاصه.

ويتكون جهاز السلطة التنفيذية من رئيس الدولة ومن هؤلاء المعاونين الاداريين في كافة المرافق العامة.

وللإمام (رئيس الدولة) صلاحيات دينية ودنيوية (سياسية).

اولا – الصلاحيات الدينية:

١- حفظ الدين: عليه تأمين كافة متطلبات التعليم ونشر مبادئه ورقابة الاستمساك به ومحاسبة كل من يخرج عليها.

٢- الجهاد في سبيل الله والدفاع عن الامة الإسلامية كلما تعرضت لخطر الاعداء والدعوة الى الإسلام بالحكمة والموعظة الحسنة والوسائل السلمية.

٣- رعاية الشرع والعدل في جباية الأموال من موارد الدولة وصرفها في مصارفها الشرعية.

٤- السهر الدائم على اقامة الشعائر الدينية والعمل على انشاء امكنة العبادات وتأمين من يتولى مسؤولية هذه الامكنة من حيث اداء الشعارات الدينية فيها ومن حيث الادامة والصيانة، وكذلك الاهتمام بالمرافق العامة للدولة والمؤسسات الصحية والاجتماعية والاقتصادية ونحوها من مستلزمات الحياة العامة.

ثانياً – الصلاحيات الدنيوية (السياسية):

١- الاشراف على الشؤون العامة للدولة يقول الماوردي (على الخليفة ان يباشر بنفسه مشارفة الامور وتصفح الاحوال لينهض بسياسة الامة وحراسة الملة ولا يُعول على التفويض).
٢- الدفاع عن الدولة في مواجهة الاعداء باعداد الجيش وتحصين الثغور وتأمين القوة وتهيئة المعدات والمؤون وسائر المتطلبات العسكرية.
٣- المحافظة على امن الدولة والنظام العام.
٤- الاشراف على اقامة العدل بين الناس.
٥- الاشراف على الادارة المالية.
٦- اختيار اعوانه على الاسس السليمة ممن تتوفر فيهم الكفاءة والخبرة والاخلاص والشعور بالمسؤولية[1].

الولاة وسلطاتها:

قسّم أبو يعلى في (الأحكام السلطانية[2]) الولاة بحسب سلطاتهم وصلاحياتهم الى الاقسام الاربعة الآتية:-

١- ولاة تكون ولايتهم عامة في الاعمال العامة وهم الوزراء لانهم مستنابون من قبل الخليفة (رئيس الدولة) في جميع الامور من غير تحديد.

---

[1] للمزيد من التفصيل راجع / الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي (ابي الحسن علي بن محمد حبيب المتوفى(٤٥٠ هـ) الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ١٥ ومابعدها. الأحكام السلطانية للقاضي ابي يعلى (محمد بن الحسين الفراء الحنبلي) المتوفى (٤٥٨ هـ) الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ٢٧-٢٨.
[2] راجع الأحكام السلطانية لابي يعلى الفراء الحنبلي/ص٣٨ ومابعدها.

٢- ولاة تكون ولايتهم عامة في كل الدولة ولكنها في اعمال خاصة وهم الامراء. الموزعون على اقليم الدولة واختصاصهم عامة ولكن ممارستها من كل واحد منهم محصورة في الاقليم الذي يتولى ادارة شؤونه ويقابلهم في الوقت الحاضر (المحافظون) تقريبا.

٣- ولاة تكون ولايتهم خاصة في اعمال خاصة معينة من الاعمال العامة التي تخص كل الامة مثل قاضي القضاة ويقابله اليوم وزير العدل. ونقيب الجيش ويقابله وزير الدفاع تقريبا. ومسؤول المالية العامة من حيث الجباية وللمصارف ويقابله وزير المالية.

٤- ولاة تكون ولايتهم خاصة في اعمال خاصة في منطقة خاصة مثل القاضي يمارس القضاء فقط في منطقة صلاحيته وليس له ذلك في منطقة اخرى او في بلد اخر. وكمسؤول جباية موارد الدولة في بلد خاص او اقليم معين من أقاليم الدولة. ومدير الشرطة لاقليم معين كالمحافظة في الوقت الحاضر.

الوزارة:

كانت الوزارة اهم مناصب الدولة في عهد الخلفاء بعد منصب الخلافة (رئاسة الدولة الإسلامية) يقول ابن خلدون في مقدمته: (الوزارة ام الخطط السلطانية والرُتب الملوكية، لأن اسمها يدل على مطلق الاعانة. فان الوزارة ماخوذة اما من الموازرة، وهي المعاونة، او من الوزر وهو الثقل، لأن الوزير يحمل اوزار اثقال الخليفة (رئيس الدولة).

نشأة الوزارة:

يرى البعض ان الوزير هو فارسي مأخوذ الأصل من الفرس ولكنه ورد في القرآن الكريم على لسان سيدنا موسى (عليه السلام) في قوله تعالى: ﴿وَاجْعَل لِّي وَزِيراً مِّنْ أَهْلِي هَارُونَ أَخِي اشْدُدْ بِهِ أَزْرِي وَأَشْرِكْهُ فِي أَمْرِي[1]﴾.

---

[1] سورة طه/٢٩-٣٢

وقال الرسول(ﷺ) (اذا اراد الله بعبد خيرا جعل له وزير صدق ان ذكر اعانه وان نسي ذكره. ولذا لم يرد به خيرا جعل له وزير سوء ان نسي لم يُذكره، وان ذكر لم يُعنه).

وكان كبار اصحاب رسول الله(ﷺ) يقومون بمهام الوزير يستشير بهم في القضايا الدنيوية والاجتهادية يقدمون له العون في ادارة شؤون الدولة الإسلامية.

كما ان نظام الولاية ايضا بدأ في عهد الرسالة فارسل العمال الى الاقاليم الخاضعة للحكم الإسلامي آنذاك.

وقد اهتم فقهاء المسلمين بصياغة وضبط احكام الوزارة ومنهم الثعالبي وابن طباطبا. والماوردي، وابو يعلى الفرّاء وتناول هذان الاخيران انواع الوزارة وصلاحياتها كل في كتابه المسمى ب (الأحكام السلطانية[1]).

انواع الوزارة:

قسّم الماوردي والفراء الوزارة في الدولة الإسلامية الى نوعين:

وزارة التفويض، ووزارة التنفيذ.

اولا: وزارة التفويض:

وزارة التفويض هي ان يستوزر الإمام (رئيس الدولة) من يفوض اليه تدبير الامور برأيه وامضائه والتصرف باجتهاده وكانت اشمل الولايات على الاطلاق وكان وزير التفويض يملك كافة صلاحيات الخليفة باستثناء ثلاثة منها وهي:-

١- ولاية العهد فكانت صلاحية تعيين ولي العهد من اختصاص الخليفة.

٢- وكان من اختصاص الخليفة ان يستعفي الامة من الإمامة.

٣- اعفاء الوزير من منصبه.

ولسعة صلاحيات وزير التفويض اشترط ان تتوفر فيه شروط الإمامة (رئاسة الدولة). بل كان يشترط في وزير التفويض شرط زائد على شروط الإمامة وهو ان

---

[1] راجع الأحكام السلطانية للماوردي الباب الثاني تقليد الوزارة ص٢٢-٢٩. الأحكام السلطانية للقاضي ابي يعلى الفراء ص ٢٩ ومابعدها.

يكون من اهل الكفاية فيما وكل اليه من شؤون الحرب والمالية وله خبرة مفصلة في هذه الامور[١].

طبيعة التعاون بين الإمام ووزير التفويض:

يمكن تلخيص هذا التعاون فيما يلي:

١- كان على وزير التفويض متابعة الإمام (رئيس الدولة) في كل ما يمضيه من تدبير وما ينفذه من ولاية وتقليد، لئلا ينتهي به الامر الى الاستبداد بالسلطة.

٢- كان على الخليفة ان يتفحص افعال الوزير وتدبيره للأمور- ليقر منها ما كان موافقا للصواب ويستدرك ما كان مخالفاً[٢].

ثانيا: وزارة التنفيذ:

كانت هذه الوزارة اقل صلاحية من وزارة التفويض لان دوروزير التنفيذ – كما يفهم من الاسم- يقتصر على تنفيذ ما يأمر به الخليفة فهو لا يتصرف برأيه واجتهاده كما كان يعمل ذلك وزير التفويض.

الموازنة بين وزارتي التفويض والتنفيذ:

تتميز وزارة التفويض من التنفيذ بالصلاحيات الآتية:-

١- لوزير التفويض مباشرة الحكم والنظر في المظالم وليس لوزير التنفيذ ذلك.

٢- لوزير التفويض ان يستبد بتقليد الولاةولم يكن لوزير التنفيذ ذلك.

٣- لوزير التفويض التصرف في اموال بيت المال (الخزانة العامة) بقبض ما يستحق له ويدفع مايجب فيه وليس لوزير التنفيذ هذه الصلاحية.

٤- لوزير التفويض ان ينفرد بتسيير امور الجيش وتدبير شؤون الحرب ولم يتمتع وزير التنفيذ بتلك الصلاحية.

شروط التعيين لمنصب وزارة التنفيذ:

يشترط ان يتوفر في من يتولى وزارة التنفيذ الشروط الآتية:-

---

[١] الأحكام السلطانية للماوردي ص٢٢.

[٢] الاحكام السلطانية للقاضي ابي يعلى الفرا، ص٢٩-٣٠.

١- الأمانة: حتى لايخون فيما اؤتمن عليه.
٢-صدق الكلام: حتى يوثق مُخبه فيما يؤديه، ويقول على قوله فيما ينهيه.
٣- كونه شخصا مرغوبا فيه لدى أبناء الأمة.
٤- الذكاء والفطنة حتى لا تُدلس عليه الامور.
٥- عدم خضوعه لهواه حتى لا يخرجه الهوى من الحق الى الباطل[١].

الدواوين:

لما توسعت رقعة الدولة الإسلامية عُين في كل اقليم عامل (وال) وكان يتولى ادارة الشؤون الدينية. والقضائية، والعسكرية، والمالية فظهرت الحاجة الماسة الى انشاء الدواوين التي هي بمثابة المرافق العامة في هذا العصر وحددت اختصاصها كالآتي:-

أ) ديوان الجيش: كان الجهاد واجبا على كل ذكر يستطيع حمل السلاح والدفاع عن الحق والدين مسؤولا عن تنظيم وتأمين المؤون والمعدات العسكرية. وانهاء الخدمة في الجيش وتعويض مايفوت من السلاح والمعدات ونفقات السفر، ونفقات الشهداء. وغير ذلك مما يتعلق بالقضايا العسكرية.

ب) ديوان الخراج: كان لهذا الديوان فروع كل فرع يتولى مسؤولية جباية الخراج وهي مستقلة ولكن في العهدين الاموي والعباسي اصبح ديوان الخراج ثابتا في مركز الخلافة (العاصمة) وهو يدير مالية الدولة كلها ويتولى الادارة المالية المركزية.

جـ) ديوان البريد: يعتبر معاوية اول من انشأ في الدولة الإسلامية نظام البريد. وكان في اول الامر خاصا ببريد الدولة ثم عمم وأبيح للشعب استعماله في رسائلهم.

---

[١] المرجع السابق.

وسائل نقل البريد:

كانت الوسائل تقتصر على الطرق الآتية:-

١- طريقة استعمال الخيول لنقل البريد.

٢- طريقة عربات تجرها الخيول في حالات الطوارئ، وفي القضايا العسكرية خاصة.

٣- الحمام الزاجل (البريد الجوي).

٤- ديوان البريد يتولى مهمة تعيين الموظفين والعمال في الدولة ويشبه مجلس الخدمة في هذا العصر.

نظام الحسبة:

الحسبة هي الامر بالمعروف اي ماينفع الفرد والمجتمع. والنهي عن المنكر أي عما يضر الفرد والمجتمع. والحسبة في الإسلام فرض كفاية تجب على المجموع بحكم القرآن الكريم والسنة النبوية:

أ/ القرآن: من الآيات الامرة بتطبيق نظام الحسبة قوله تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُولَـٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ[1]﴾.

ب/ السنة النبوية: - من أقوال الرسول(ﷺ) الداعية الى تطبيق الحسبة قوله (من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فأن لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان).

وقوله (بئس القوم قوم لايأمرون بالمعروف ولاينهون عن المنكر).

---

[1] سورة آل عمران /١٠٤



الفصل العاشر

القضاء ووسائل الإثبات

القضاء: هو الحكم بين الناس بالحق[1].

اهتمّ الإسلام بالقضاء من حيث التنظيم والتطبيق منذ عهد الرسالة، لأنه أجلّ العلوم قدراً وأعزّها مكاناً وأشرفها ذكراً، به الدماء تعصم ولا تسفح، والأبضاع تُحرم وتُنكح والأموال تُثبت...

وقال المفسرون ان المقصود بالحكمة في قوله تعالى: ﴿..وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ[2]﴾ هو علم القضاء.

وقد باشر الرسول(ﷺ) القضاء بنفسه وامر اصحابه به وارسل بعضهم قضاة الى الاقاليم الخاضعة للحكم الإسلامي وخصص فقهاء المسلمين على اختلاف المذاهب كل في مذهبه كتابا أو بابا مستقلا لدراسة القضاء من حيث آدابه وواجبات القاضي وشروط صحة توليه لمنصب القضاء.

وكذلك اهتم الفقهاء بادلة الاثبات بعد القضاء مباشرة لوجود الصلة بينهما.

ونفرد دراسة كل من القضاء وادلة الاثبات بمبحث مستقل لزيادة الايضاح والفائدة.

---

(1) بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ٤٠٧٨

(2) سورة ص / ٢٠

المبحث الأول

القضاء

يتناول هذا المبحث: مشروعية القضاء وحكمه وشروط القاضي وآداب القضاء.

مشروعية القضاء:

ثبتت مشروعية القضاء بالقرآن والسنة النبوية والاجماع.

أ- القرآن: تناولت آيات كثيرة في القرآن الكريم القضاء واحكامه ومنها قوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ...[1]﴾

ب-السنة النبوية: باشر الرسول(ﷺ) بنفسه القضاء فقضى في خصومات الناس كثيرا وشجع اصحابه على القضاء وقال: (اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله اجران واذا اجتهد فأخطأ فله اجر[2]).

واتبع نهج الرسول الكريم في الاهتمام بالقضاء خلفاؤه وأصحابه وأئمة الفقه.

جـ- الاجماع: اجمع فقهاء المسلمين في كل عصر على ان القضاء ضرورة من ضروريات تنظيم الحياة.

حكم القضاء:

القضاء بالنظر الى ذاته واهميته في الحياة جعله الإسلام فرض كفاية أي واجبا على المجموع من افراد الامة، فاذا قام به بعضهم سقط التكليف عن الكل. اما بالنسبة لمن يتولي القضاء فله احكام ثلاثة:

أ- حرام لمن لم تتوفر فيه اهلية القضاء وشروط مباشرته.

---

[1] سورة المائدة /٤٩.

[2] سبل السلام ٤/١٥٥.

ب- جائز لمن تتوفر فيه الشروط والمؤهلات في منطقته ويوجد الآخرون تتوفر فيهم اهلية القضاء.

ج- فرض عين على من لا يوجد غيره ممن يكون أهلا للقضاء.

شروط القاضي:

اختلف فيها الفقهاء، وأختصرها ابن قدامة[1] في ثلاثة وهي:

١-الكمال

٢-العدالة

٣-أهلية الاجتهاد

وشرط الاجتهاد قال به كثير من الفقهاء، منهم الإمام مالك والشافعي والإمام أحمد قياسا على المفتي، لأن المفتي لايجوز ان يكون عاميا مقلدا، فكذلك القاضي يجب ان لا يكون كذلك من باب أولى، لأن قراره افتاء والزام، بخلاف الافتاء فلا الزام فيه[2].

ويرى أبو حنيفة وأصحابه: لن أهلية الاجتهاد ليست شرطاً، بل يكفي ان يقضي بعلم غيره بالرجوع إلى اقوال الفقهاء[3].

آداب القضاء:

لخّص عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته التي بعثها الى ابي موسى الاشعري آداب وواجبات القضاء، وهذا هو نص الرسالة[4].

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا من عبدالله عمر بن الخطاب امير المؤمنين الى ابي موسى الأشعري.

سلام عليك..

---

[1] المغني /٩/ ٤٠.

[2] المغني المرجع السابق / الرملي نهاية المحتاج /٨/ ٢٢٦.

[3] البدائع للكاساني /٩/ ٤٠٧٩

[4] هذه الرسالة ورد نصها في كثير من المراجع مع بعض الاختلافات في عباراتها.

أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فعليك بالعقل والفهم وكثرة الذكر، فافهم إذا أدلى إليك الرجل الحجة، فاقض إذا فهمت وامض إذا قضيت، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وآس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك وقضائك، حتى لا يطمع شريف (قوي) في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك.

البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحلَّ حراما أو حرّم حلالاً. ومن ادّعى حقاً غائباً أو بيّنةً، فاضرب له أمداً ينتهي اليه. فإن احضر بينته أخذت له بحقه. وإلا وجهت القضاء عليه، فإن ذلك أبلغ للعذر. ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعت فيه عقلك، وهُديتَ فيه لرشدك، أن ترجع الى الحق. فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل. الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما ليس في كتاب الله وسنة رسول الله. ثم اعرف الأشياء والأمثال. وقس الأمور عند ذلك. واعمَدْ الى أقربها الى الله واشبهها بالحق.

المسلمون عدولٌ بعضهم على بعض، إلاّ مجلوداً في حدّ أو مجرباً عليه شهادة زور، أو ظنيناً في ولاء أو نسب أو قرابة، فإن الله تولّى منكم السرائر وأدرأ عنكم بالبيّنات والإيمان الشبهات. وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس عند الخصومة والتنكر عند الخصومات فان القضاء عند مواطن الحق يوجب الله به الأجر ويُحسن به الذكر[1].

وقد استنتج الفقيه الحنفي المعروف بالكاساني من هذه الرسالة آداب وواجبات القاضي أهمها ما يلي:

١- أن يكون فاهما للخصومة المعروضة عليه فيتابع أقوال الخصم ويستمع اليهم ليصل الى الحق والصواب.

٢- ان يكون مرتاح البال والنفس لا قلق ولا ضجر حتى لا ينشغل عن متابعة أحداث القضية وسماع حجج المتخاصمين.

٣- أن لا يكون غضباناً.

---

[1] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٩/ ٤٠٩٣، وما بعدها.

٤- أن يسوي بين الخصمين في الجلوس والقيام دون تمييز.

٥- أن يسوي بينهما في المعاملة والشدة واللين.

٦- أن لا يسمع من احدهما ما يسره اليه دون علم الاخر.

٧- أن لا يقبل الهدايا، لأنها رشوة.

٨- أن لا يلقّن الشهادة ولا يلقن الخصمين.

٩- التأكد من عدالة الشهود.

١٠- ان يتخذ كاتبا لتسجيل الدعاوي والبيّنات والقرارات.

١١- ان يجلس معه جماعة من أهل الفقة يشاورهم ويستعين برأيهم فيما يجهله من الأحكام.

١٢- أن يكون له ترجمان لجواز أن يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضي لغته من المدّعي والمدّعى عليه والشهود.

المبحث الثاني
وسائل الإثبات

ميدان وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي أوسع بكثير مما هو في الفقه الغربي والقانون الوضعي، لأن الأساس في نظر هذا الفقه، فيما عدا جرائم الحدود والقصاص، هو فراسة القاضي وقناعته.

ولذلك فإن طرق الاثبات في الفقه الإسلامي كثيرة متنوعة وقد بحث منها ابن القيم الجوزية في كتابه (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية)، خمساً وعشرين طريقة، واضاف اليها ابن فرحون طرقا اخرى في كتابه (تبصرة الحُكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام).

والى جانب ذلك فان الفقه الإسلامي يتميّز من الفقه الغربي والقانون بدقة التفريد وتقسيم الحقوق التي يطالب بها امام القضاء الى حقوق الله المحضة ويقابلها في القانون الحقوق العامة. والى حقوق الفرد ويقابلها الحقوق الخاصة ثم قسّم كل منهما الى أنواع من حيث الأهمية والخطورة، فهناك حق يثبت بدليل من وسائل الاثبات ولايثبت بدليل آخر منها، وهناك دليل يصلح لاثبات حق ولا يصلح لحق آخر، وهذا المطلب يتضمن نماذج من هذه الحقوق وأدلة الإثبات.

الحقوق:

قال فقهاء المسلمين[١]: الحقوق باعتبار مايقبل فيها من الشهود قسمان: حق الله (الحق العام) وحق الادمي (الحق الخاص).

---

[١] لمزيد من التفصيل راجع البدائع للكاساني، المرجع السابق/٩/٤٠٩٣ ومابعدها.

حقوق الله ثلاثة أنواع:

١- حق لا يقبل فيه الا شاهدان ذكران وهو ما لايقصد منه المال (أي لايتعلق بالقضايا المالية) ويطلع عليه الرجال غالبا كطلاق ونكاح وقتل عمد وحدود، باستثناء جريمة الزنا.

٢- حق يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وشاهد واحد ويمين وهو ما كان القصد منه المال فقط دون غيره.

٣- حق يثبت بشهادة النساء وهو مالايطلع عليه الاالنساء غالبا كالولادة والحيض، والبكارة، والعيوب النسائية التناسلية.

٤- حق لا يثبت الاّ بأربعة شهداء وهو حق إثبات جريمة الزنى لتطبيق عقوبتها.

أدلة الاثبات:

قلنا إن أدلة الاثبات في الفقه الإسلامي كثيرة، لأن الغرض منها اقتناع القاضي باستثناء جرائم الحدود والقصاص فهي لاتثبت الابالبينة القاطعة بما يؤدي الى تحقيق الظن الغالب للقاضي.

ولا مجال في هذه المرحلة الدراسية لاستعراض جميع هذه الادلة ونكتفي باستعراض بعض منها وهي: (البينة، والاقرار، والقرينة، والخبرة وعلم القاضي، والكتابة، واليمين).

اولا: الشهادة:

وهي لغة: قول صادر عن علم حاصل من المشاهدة (المعاينة). وشرعاً: اخبار يفترض فيه الصدق لاثبات حق في مجلس القاضي.

حجية الشهادة: الشهادة حجة شرعية ثابتة بالقرآن والسنة والاجماع.

أ- القرآن: قال تعالى: ﴿...وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ...[1]﴾. ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ...[2]﴾ ﴿...وَأَشْهِدُوْاْ إِذَا

---

[1] سورة الطلاق /٢.

[2] سورة البقرة/٢٨٢.

تَبَايَعْتُمْ...[١]﴾.

ب- السنة: قال النبي(ﷺ): (الاأخبركم بخير الشهداء؟ هو الذي يأتي بالشهادة قبل ان يسألها[٢]).

جـ- الاجماع: اجمع فقهاء المسلمين على ان الشهادة حجة ملزمة للقاضي اذا توفرت فيها شروط الصحة.

حكم الشهادة: هي واجبة على الشاهد اذا طلب منه اداؤها لقوله تعالى: ﴿..وَلاَ تَكْتُمُواْ الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ...[٣]﴾.

شروط الشهادة: اختلف الفقهاء في تحديد الشروط المطلوب توافرها في الشاهد واهمها:

أ- ان يكون بالغا عاقلا.

ب- وان يكون عادلا (أي غير فاسق).

جـ- وان يكون عالما بالمشهود به وقت الاداء.

نصاب الشهادة: يختلف نصاب الشهادة باختلاف الحق المدعي به كما يلي:

١- اربعة شهود في جريمة الزنا لقوله تعالى: ﴿وَاللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَاسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعةً مِّنكُمْ...[٤]﴾. ولان جريمة الزنا تمس سمعة العائلة فشدد الإسلام على ثبوتها.

٢- شاهدان في جرائم الحدود -باستثناء الزنا - وجرائم القصاص وفي القضايا الاخرى غير المالية كالزواج والطلاق والرجعة..[٥]

٣- رجل وامرأتان في المعاملات المالية والقتل الموجب للدية. واعتبار المرأتين رجلا واحداً في الشهادة ليس تنقيصا لمكانتها وانما لانها بحكم كثرة

---

[١] نفس الآية

[٢] رواه مسلم. سبل السلام /٤/ ١٦٦.

[٣] سورة البقرة /٢٨٣.

[٤] سورة النساء/ ١٥.

[٥] في المهذب (٢/ ٣٣٣) (ومالیس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالزواج والطلاق والرجعة والوكالة والوديعة وقتل: العمد والحد سوى الزنا لايثبت الا بشاهدين ذكرين لقوله صلى الله عليه وسلم (لانكاح الابولي وشاهدي عدل).

التزاماتها البيتية وغير البيتية معرضة للنسيان فاذا نسيت احداهما تذكرها الاخرى كما نص على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿..وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى...[1]﴾.

٤- شاهد ويمين في القضايا المالية والحكم يثبت بالشاهد وحده واليمين تقوية وتوكيد[2].

٥- رجل واحد في المعاملات المالية اذا عرف القاضي صدقه. وامراة واحدة في القضايا النسائية[3].

حكم الشهادة على الشهادة: تجوز الشهادة على الشهادة اذا توفرت الشروط الاتية:

١- بقاء اهلية الشاهد الاصلي الى لحظة انتهاء شهادة الشاهد الفرعي.

٢- ان تتعذر شهادة الاصل امام القضاء لمرض او تغيب او كبر.

٣- عدم انكار الاصل تحميل الشهادة للشاهد الفرعي.

٤- توفر شروط الشهادة في الشاهد الفرعي كالاصلي[4].

ثانياً: الاقرار:

الاقرار إعتراف المدعى عليه بكل او بعض المدعى به امام القضاء.

وهو حجة ملزمة بالقرآن والسنة والاجماع.

أ- القرآن: قال تعالى: ﴿..وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللّهَ رَبَّهُ وَلاَ يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً...[5]﴾.

---

[1] سورة البقرة /٢٨٢

[2] الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المرجع السابق، ص ٦.

[3] الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص ٦٧.

[4] نظرية الاثبات في الفقه الجنائي الاسلامي للدكتور احمد فتحي بهنسي/ص ١٢٧.

[5] البقرة ٢٨٢

ب- السنة النبوية: قضى رسول الله(ﷺ) بعقوبة جريمة الزنا وتنفيذها بناء على اقرار الجاني لربع مرات امامه. كما في قضية (ماعز).

جـ- اجمع فقهاء المسلمين على ان المرء مأخوذ باقراره اذا توفرت شروطه.

شروط الاقرار: يشترط لعمل القاضي بالاقرار توفر الشروط الاتية:-

١- ان يكون المقر بالغا عاقلا.

٢- ان يكون الاقرار خاليا من كل عيب من عيوب الارادة كالاكراه والسكر.

٣- ان يكون امام القضاء.

ثالثاً: القرينة:

حجية القرينة وردت في القرآن الكريم وعمل بها الخلفاء الراشدون وائمة الفقه.

القرآن الكريم: قال تعالى في قصة يوسف (ﷺ): ﴿قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَن نَّفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الكَاذِبِينَ، وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِن الصَّادِقِينَ، فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ[١]﴾.

وجه الاستدلال بالآية هو انه قد تم التوصل بقرينة قد القميص من دبر الى تمييز الصادق منها من الكاذب وهذا من باب الحكم بالقرائن وشواهد الحال.

وقد قضى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بعقوبة الزنا على أمرأة حامل ولم يكن لها الزوج[٢].

رابعاً: الخبرة:

الخبير هو من له الدراية الخاصة في مجال من المجالات وقال فقهاء المسلمين: للقاضي الاستعانة بالخبراء للاستهداء بآرائهم والحكم في ضوء ذلك. والدليل على حجية الخبرة:-

أ- القرآن في قوله تعالى: ﴿...فَاسْأَلُواْ أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ[٣]﴾

---

[١] سورة يوسف /٢٦، ٢٧، ٢٨.

[٢] الطرق الحكمية للمرجع السابق /ص٩.

[٣] سورة الانبياء /٧.

ب- قول الرسول(ﷺ) لاحد اصحابه سأله عن اللقطة (اعرف عفاصها[١] ووكاءها[٢] ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشانك بها[٣]).

خامسا: الكتابة:

والدليل على حجية الكتابة قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ [٤]﴾.

وهذا يدل على انه اذا حصل الخلاف في اصل الدين او مقداره او اجله او غير ذلك يعمل القاضي بما هو مثبت في كتاب كاتب العدل.

سادسا: اليمين:

والدليل على حجيته قول الرسول(ﷺ) (البيّنة على المدعي واليمين على من انكر) والقاضي يعمل بيمين المدعي عليه في حالة النكول. والنكول ليس بينة على المدعى عليه ولا اقرارا من المدعى بل هو حجة ضعيفة فلا يعتبر دليلاً لكن اذا حلف للدعي عليه قوى جانبه. فالنكول من المدعى واليمين من المدعى عليه بمثابة شاهدين[٥].

سابعا :علم القاضي:

اختلف فقهاء المسلمين في ذلك على التفصيل الآتي:

قال الجمهور: ليس للقاضي ان يحكم بناء على علمه فقط بالقضية المعروضة امامه لان الرسول(ﷺ) قال: (انما انا بشر وانكم تختصمون الى ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من البعض فأقضي له على نحو مااسمع منه) .

---

[١] أي وعاءها.
[٢] مايربط به
[٣] سبل السلام / ٣/ ١٢٣.
[٤] سورة البقرة /٢٨٢.
[٥] الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص ١١٦.

فقالوا: هذا يدل على ان القاضي لايحكم الابما يسمع لا بما يعلم عن طريق المشاهدة[١].

وقال البعض ومنهم ابو يوسف (رحمه الله)، يجوز للقاضي ان يحكم بناء على علمه بدليل ان النبي(ﷺ) لما قالت له هند زوجة ابي سفيان (ان ابا سفيان رجل شحيح لايعطيني من النفقة مايكفيني وولدي، قال: خذي مايكفيك وولدك بالمعروف).

فحكم لها من غير بينة ولااقرار من المدعى عليه وذلك بناء على علمه بصدقها.

والمعتمد هو ماذهب اليه ابو حنيفة (رحمه الله) من ان ماكان من حقوق الله لا يحكم فيه القاضي بعلمه لان حقوق الله مبنية على المساهلة والمسامحة.

---

[١] انظر المغني لابن قدامة، ٩/٥٤.



الفصل الحادي عشر

شرح نماذج من القواعد الفقهية الكلية

القاعدة: لغة: اساس الشيء[1].

واصطلاحا: هي الحكم الكلي الذي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف احكامها منه. وعلى سبيل المثل: ان قاعدة (العقد الباطل لا يترتب عليه اثر) حكم كلي ينطبق على كل عقد معين من العقود الباطلة فيقال: هذا العقد لا يترتب عليه الاثار لأنه باطل. وتلك الاجارة لاتترتب عليها الاثار لأنها باطلة وهكذا.

ولفن القواعد اهمية كبيرة في تدريب الإنسان على التفكير في مدارك الأحكام واصول الفروع. كما انه ضروري بالنسبة لفقه لاتنحصر مسائله. ولاتضبط فروعه الابضوابط القواعد. وبصورة خاصة انه مفيد للقانونيين في تدريب عقولهم على كيفية استنباط الأحكام من نصوصها وفي ايجاد الحلول للقضايا التي لم يرد بها نص صريح عن طريق القواعد الكلية.

وقد اهتم كثير من الفقهاء المسلمين القدامى بدراسة القواعد لأهميتها في المجالين العلمي والتطبيقي. وقد قيض للفقه الإسلامي طائفة من اعلام العلماء المتأخرين فافردوا القواعد الكلية والعامة بالبحث والدراسة فالفوا فيها كتبا مستقلة. ومن ابرز هؤلاء: الحافظ ابو الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى (٧٩٥هـ) وقد الف كتاب (القواعد) في الفقه الحنبلي. والزركشي (بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي)

---

[1] قال في الصحاح : قواعد البيت اساسه ، الواحد قاعدة ٢/٧٤. وفي القاموس المحيط للفيروز ابادي : قواعد الهودج خشبات أربع تحته ركب فيهن ١/٢٤٠.

(٧٤٥-٧٩٤هـ): (المنثور في القواعد). والسيوطي (جلال الدين عبدالرحمن) المتوفي (٩١١هـ)الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية وهو يكاد يبحث في قواعد الفقه بطريقة مجردة عن التقيد بمذهبه والمحقق زين العابدين بن ابراهيم بن محمد بن بكر الشهير بابن نجيم المصري المتوفي (٩٧٠هـ) وقد الف في القواعد كتاب الفوائد الزينية في فقه الحنفية.

القواعد ومايترتب عليها من الأحكام

١- القاعدة: (اليقين لايزول بالشك)[(١)]:

اليقين: عرفه علماء المنطق بأنه الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع ويسمى (علما) فإن لم يكن مطابقا للواقع يسمى(جهلا مركبا) وان لم يكن ثابتا يسمى تقليدا وان لم يكن جازما يسمّى (ظنّا) فالظن هو الطرف الراجح لتصور الإنسان وطرفه المرجوح يسمى (وهما).

والشك: هو التصور المتردد بين وجود الشيء وعدمه دون ان يكون لدى المتصور دليل يرجح أحد الجانبين على الآخر.

والقاضي غير ملزم بأن لايعمل الاباليقين بل يكفي لأن يحكم على المدعي عليه، أو يرد الدعوى اذا حصل لديه الظن الغالب بما يوجب حكمه ولكن لايجوز له بأي حال من الاحوال ان يحكم بالشك.

وتترتب على هذه القاعدة أحكام منها:

أ- اذا فقد شخص بحيث لم يعرف مصيره من الحياة والمماة يصبح وفاته مشكوكا فيه وكانت حياته قبل الفقد يقينية. واليقين الذي هو بقاؤه على قيد الحياة استصحابا لما قبل الفقد لايزول بالشك الذي حصل في وفاته بعده.

وبناء على ذلك لايجوز لورثته توزيع تركته ولالزوجته التزوج من زوج اخر الا بعد معرفة مصيره بالرجوع أو بثبوت وفاته بالبينة، فأن لم يعرف هذا المصير الى

---

(١) السيوطي ،الاشباه والنظائر طبعة عيسى البابي ص٥٩ ،ابن نجيم ، الاشباه والنظائر/دار الطباعة العامرة /١/٨٤/مجلة الأحكام العدلية /المادة (٤).

أن يمضي على اعلان فقده اربع سنوات، ان فقد في ظروف طبيعية أو يمضي على اعلان فقده سنتان ان فقد في ظروف غير طبيعية واستثنائية كظروف الحرب والفيضان وانتشار الوباء والزلزال.. فعندئذ لصاحب العلاقة والمصلحة ان يرفع الدعوى الى القاضي ويطلب الحكم بوفاته وللقاضي ان يحكم بذلك بعد الاستفسار عن مصيره من طرق وسائل الاعلام وبعد اليأس من معرفة حياته أو مماته. ويستحق تركته الورثة الموجودون والباقون حين الحكم بالوفاة ان لم يكن الحكم مستنداً الى تاريخ سابق استنادا الى بينة على وفاته قبل الحكم. وكذلك الامر بالنسبة لزوجته فهي تعتد عدة الوفاة من تاريخ الحكم بالوفاة ان لم يكن مستنداً الى تاريخ سابق.

ب- اذا شك شخص في كونه مدينا لآخر بمبلغ فدفع له مبلغا بناء على هذا الشك فإنه يكون دفعا لغير المستحق، والزاما بلاسبب فيجب على القابض رده ان لم يتمكن من اثبات المديونية بدليل معتبر لأن الاصل براءة الذمة وهذا الاصل ثابت باليقين فلا يزول بالشك الطارئ[1].

٢- القاعدة (الاصل بقاء ماكان على ماكان):[2]

اي اذا ثبت حكم بدليل شرعي فالأصل ان يبقى هذا الحكم على ما كان عليه سابقا الى ان يثبت خلاف ذلك لأن البقاء هو الاصل وأن العدم طارئ، فيكون الاصل هو المعول عليه للحكم بمقتضاه ولا يؤخذ الاحتمال بنظر الاعتبار لذلك.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويتفرع عن هذه عدة أحكام فرعية منها مايلي:-

١- اذا ادعى المدين وفاء دينه وايصاله الى دائنه وانكر الدائن ذلك ولم يكن للمدعي دليل ثابت يعتمد عليه فيصدق الدائن باليمين ولا يطالب بالبينة لان

---

[1] علي حيدر درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٢٠
[2] ابن نجيم، الاشباه والنظائر. المجلة ، المادة (٥).

الدين ثبت تعلقه بذمة للدين سابقاً والاصل بقاء ما كان ثابتاً على ماكان عليه حتى يثبت خلاف ذلك بالبينة أو باعتراف المدعى عليه بصحة الدعوى.

ب- اذا ادعت إمرأة متزوجة سابقاً أمام القضاء ان زوجها قد طلقها (او توفى) وانقضت عدتها فطالبت بتزويجها ممن اختارته شريكا لحياتها، فلا يجوز للقاضي استجابة هذا الطلب بل عليه رد الدعوى بمقتضى قاعدة (الاصل بقاء ماكان على ما كان) مالم تثبت الزوجة المدعية ان زوجها قد طلقها وانتهت عدة الطلاق او انه توفى وانتهت عدة الوفاة فبعد هذا الثبوت يجوز للقاضي ان يوافق على تزوجها من زوج آخر[1].

٣- القاعدة (الاصل في الصفات العارضة العدم): [2]

صفات الاشياء تنقسم الى نوعين:

النوع الاول: الصفات الاصلية: وهي التي تقارن موصوفاتها في الوجود وبتعبير آخر هي الحالات التي تعتبر موجودة عند وجود ذات الموصوف كسلامة المبيع من العيوب وكون العين للمستأجرة منتفعابها خلال فترة الاجارة.

النوع الثاني: الصفات العارضة: وهي الصفات التي لاتكون مقترنة بموصوفاتها في الوجود بل تطرأ بعد تحقق الموصوفات اي حسب الحالات التي تعرض على الشيء بعد وجوده كحصول الربح في رأس مال الشركة وحصول عيب في السيارة بعد استعمالها.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وتختلف احكام هذين النوعين من الصفات كالآتي:

١- الاصل في الصفات الاصلية الوجود، وعلى مدعي خلاف ذلك البينة ويترتب على هذا الاصل احكام منها: -

---

(١) الاستاذ منير القاضي /شرح المجلة/١/ ٥٨.

(٢) ابن نجيم، الاشباه والنظائر ،١/ ٩٢.

أ- اذا ادعى المشتري ان في المبيع عيبا قديماً وطلب فسخ البيع لخيار العيب وانكر البائع عيباً قديماً سابقاً على البيع او القبض فعلى المشتري البينة لأن السلامة من العيب من الصفات الاصلية والاصل فيها الوجود والعيب من الصفات العارضة فالأصل فيها العدم

ب- اذا طلب المؤجر الاجرة وامتنع المستأجر عن ذلك بحجة انه لم ينتفع بالمال المستأجر لانه كأن غير صالح للانتفاع به خلال فترة الاجارة فعليه اثبات ذلك بالبينة لانه يدعي خلاف الاصل الذي هو كون المال المستأجر منتفعاً به.

٢- الاصل في الصفات العارضة العدم فعلى من يدعي وجودها البينة وينبني على هذا الاصل احكام منها:

أ- لو طلب البائع المشتري بالثمن فادعى المشتري انه لم يقبض المبيع بعد وادّعى البائع انه قد قبضه فالقول للمشتري وعلى البائع البينة لان القبض صفة عارضةوالاصل فيها العدم.

ب- لو اشترى شخص بقرة ثم طلب بفسخ العقد لكونها غير حلوب وهو يدعي انه قد اشتراها بهذا الشرط وانكر البائع إقتران البيع به، يصدق البائع لان الشرط المذكور صفة عارضة والاصل فيها العدم[1].

٤ – القاعدة (الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته)[2]:

والمراد بالحادث هو الشيء الذي لم يكن موجوداً ثم وجد فاذا اختلف في زمان وقوعه وسببه فما لم تثبت نسبته الى الزمان القديم ينسب الى الزمان الاقرب منه، لأن وجوده في الزمن البعيد مشكوك فيه، ووجوده في اقرب الاوقات متيقن، لأن من يزعم حدوثه في الزمن البعيد لا ينكر وجوده في الزمن القريب.

---

[1] وكذا يصدق الشريك او المضارب اذا ادعى انه لم يربح لان الاصل عدم الربح لكونه صفة عارضة وكذا لو قال لم اربح الاكذا لان الاصل عدم الزيادة. ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ١/٩٣.

[2] ابن نجيم ، المرجع السابق ١/ ٩٥ .

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويترتب على هذه القاعدة احكام منها:

أ – اذا ادعت زوجة المتوفي المطلق ان زوجها قد طلقها طلاقاً بائنا في مرض موته ولذلك كان طلاق فار، وأنها لا تزال في العدة فهي تستحق الميراث وفق ما استقر عليه رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، ولكن ادعى ورثة الزوج ان الطلاق قد وقع في حالة صحة الزوج لا في مرض الموت وليس الطلاق طلاق فار فلا تستحق هي الارث: فالقول في هذه المسألة قول الزوجة، وعلى الورثة البينة لان الطلاق حادث وجد بعد ان لم يكن والحادث ينسب الى اقرب اوقاته وهو وقت مرض الوفاة[١].

ب- اذا ادعى من له خيار الشرط في البيع بأنه كان قد فسخ العقد خلال مدة الخيار، وادعى الآخر ان الفسخ قد جرى بعد انتهاء مدة الخيار فالقول قوله لان الفسخ حادث وهو يضاف الى اقرب الاوقات فيعتبر انه قد تم بعد مضي مدة الخيار فعلى مدعي خلاف ذلك اثباته بالبينة[٢].

ج- إذا ادّعى الورثة ان تبرعات مورثهم كانت في مرض موته فهي خاضعة لاحكام الوصية، فلا تجوز الا في حدود ثلث التركة وادعى المتبرع له بأنها كانت وقت الصحة فلا تخضع لاحكام الوصية يصدق الورثة بناء على قاعدة اضافة الحادث الى اقرب اوقاته. وعلى المتبرع له اثبات مدعاه بالبينة فإن لم يستطع تعتبر التبرعات خاضعة لاحكام الوصية[٣]

---

[١] علي حيدر ، درر الحكام ١/ ٢٥. منير القاضي ، المرجع السابق ١/ ٦٨ .

[٢] ابن نجيم ، المرجع السابق .

[٣] قضت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٢٥٤ / الهيئة العامة الاولى / ٩٧٣ في ٣/ ٣ ١٩٧٤ – النشرة القضائية ع ١ س ٥ ص ١٤٦ - : بانه يعتبر المصاب بسرطان الكبد مريضاً مرض الموت اذا مات قبل مرور سنة على مرضه بعد ان زادت علته سواء كان صاحب فراش ام لم يكن واذا كان المريض قد نظم سندا في فترة مرضه ولم يكن للسند تأريخ ثابت رسمياً فيعتبر منظماً في فترة الموت باعتبار ان الحادث يضاف الى اقرب اوقاته ويكون اقراره بدين لاحد الورثة في السند المذكور معتبراً من ثلث التركة فقط .

٥- القاعدة (الاضطرار لايبطل حق الغير[١]):

الاضطرار هو أن يجبر الإنسان على عمل محظور بحيث يبيح له ان يرتكب العمل المحظور.

والاضطرار نوعان: داخلي (ذاتي) وخارجي:- فالاضطرار الداخلي كالجوع الذي يدفع الجائع الى أكل مال الغير دون اذنه، والاظطرار الخارجي كالاكراه وهو اجبار شخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه.

وقد قسم فقهاء الحنفية الاكراه الى نوعين: ملجيء وغير ملجيء، لأن الاكراه اذا كان بالتهديد بالقتل او بتر احد الاعضاء او بالضرب الذي يخاف فيه تلف النفس او العضو، فهو اكراه مُلجيء وتام واثره انه يعدم الرضا ويفسد الاختيار.

اما اذا كان التهديد بالحبس البسيط او القيد او الضرب الذي لايفضي الى التلف فهو اكراه ناقص (غير ملجيء) وهو يُعدِم الرضا، لكن لايفسد به الاختيار لان المكرَه يستطيع تحمل الأذى المهدد به.

ومنهم من زاد عليه نوعا ثالثاً وهو الذي لايعدم الرضا ولايفسد الاختيار كأن يهدد بحبس أبيه أو ولده ومايجري مجراه من حبس كل ذي رحم محرم منه[٢].

واذا نشأ من جراء العمل الذي أباحته الضرورة حق للغير، فإن هذا الحق لا يبطله الاضطرار بل لصاحبه ان يتمسك به، فلو اصاب انسان مال الغير بناء على الاضطرار الذي يبيح له التصرف في ماله، لا تكون الاصابة الناشئة عن هذا الاضطرار سبباً لان يكون للمتلف غير ضامن، بل يجب عليه ضمان المال المتلف ايا كان نوع الاتلاف.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويترتب على القاعدة المذكورة أحكام منها:

أ- لو جاع شخص واصبح عرضةً للهلاك، فله الحق في ان يأخذ من طعام الغير ما يسد به حاجته دون اذن صاحبه الاّ انه يجب عليه ان يضمن مثل المتلف اذا كان

---

[١] مجلة الأحكام العدلية /المادة (٣٣).

[٢] كشف الاسرار على اصول البزدوي ٤/ ١٥٠٣ تكملة فتح القدير ٩/ ٢٣٢ ومابعدها.

مثلياً وقيمته اذا كان قيميا ولايتخلص من ذلك الضمان بدافع الاضطرار لان الاضطرار لايبطل حق الغير.

ب- لو استأجر شخص سفينة لمدة ثلاثة أيام مثلاً لنقل البضائع عن طريق البحر من بلد الى آخر فإذا انقضت مدة الاجارة والسفينة لم تزل في البحر، فإن الايجار يعتبر مستمرا بحكم الاضطرار الى أن تصل السفينة ساحل البحر. ولكن هذا الاضطرار لايبطل حق صاحبها من الاجرة عن المدة الزائدة على مدة الاجارة بل له ان يستوفي عنها أجر المثل.

جـ- اذا أكره شخص احداً على إتلاف مال الغير فاتلفه المكرَه (بفتح الراء) فإن صاحب المال لا يبطل حقه بهذا الاكراه، بل له ان يضمن المكره(بكسر الراء اذا كان الاكراه ملجئاً، والاّ فيكون الضمان على المتلف المباشر.

د- لو اضطر سائق الى تغيير الاتجاه لوجود طفل امامه في وسط الشارع وادي ذلك الى هدم سياج الدار الواقعة على الشارع فهدمه واتلف حديقته فإن هذا الاضطرار لايعفيه من الضمان بل يجب عليه دفع التعويض للمتضرر[1].

٦- القاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان):

ويبدو في بادىء الأمر أن هذه القاعدة تتعارض مع قاعدة الاضطرار لا يُبطل حق الغير، لأن عمل المضطر جائز، مع أنه يجب عليه الضمان، ولكن هذا التعارض يدفع بالجمع بين القاعدتين، وذلك لأن هنالك نوعين من الجواز الشرعي: احدهما هو الجواز المبني على سبب شرعي أصلي والثاني هو الجواز الشرعي الاستثنائي المبني على العذر والرخصة. فالجواز في حالة الاضطرار هو جواز استثنائي مبني على الرخصة لعذر الضرورة فهذا النوع من الجواز لاينافي الضمان بل يجب الضمان كما في التطبيقات التي اوردناها للقاعدة السابقة الخاصة.

اما الجواز الذي ينافي الضمان فإنه مبني على حق ثابت.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

---

[1] تكملة فتح القدير ٩/٢٤٣ ومابعدها.

يترتب على هذه القاعدة أحكام منها:-

أ- من حفر بئراً في ملكه الخاص بعيدة عن الطريق العام، فإذا وقع فيها شيء فتلف فإنه لا يكون ضامناً، لأن عمله هذا نابع عن حقه الشرعي في التصرف في ماله واستعمال ملكه الخاص، وليس مبنيا على الاضطرار، ولا عدوانا على حق الغير.

ب- للإنسان دفع كل صائل (هجوم وعدوان وقهر) عن نفسه ونفس الغير وعن عرضه وعرض الغير وعن ماله ومال الغير، لقوله تعالى: ﴿...فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾ ولقول الرسول(ﷺ): (انصر اخاك ظالما او مظلوما) ونصرة الظالم تكون بمنعه من الظلم وهذا الدفاع هو عمل مشروع بل قال بعض الفقهاء انه واجب وبصورة خاصة في الدفاع عن العرض[1]. فإن لم يندفع ا لصائل (الهاجم والمعتدي) الابقتله فقتله لم يضمنه بقصاص ولا دية ولا كفارة.

والدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية وفي القوانين الوضعية عمل مشروع بل ربما يكون واجبا وكل تلف نفسي او مالي او عضوي للمعتدي يترتب على هذا الدفاع لا يكون للدافع ضامنا ومسؤولا مدنيا ولا جنائيا مالم يتجاوز عن حدود دفاعه.

٧- القاعدة (الحدود تسقط بالشبهات[2]):

هذه القاعدة ماخوذة من اقوال الرسول(ﷺ) منها قوله (ادرأوا الحدود عن المسلمين ماستطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فلأن يُخطئ الإمام في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة[3]).

---

[1] راجع شرح التحرير لشيخ الاسلام زكريا مع حاشية الشرقاوي طبعة دار الكتب ٢/ ٤٢٠ ومابعدها.

[2] ابن نجيم الاشباه والنظائر ١/ ١٦١.

[3] نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ٧/ ١١٨.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وترتب على هذه القاعدة أحكام كثيرةمنها: -

أ- جريمة الزنا، إذا لم تثبت بأربعة شهود، أو بإقرار الزاني أمام القضاء أربع مرات، وهو بالغ عاقل مختار، تسقط العقوبة المحددة لهذه الجريمة، فيحكم القاضي بالبراءة إذا لم يقتنع عن دليل آخر بثبوت الجريمة، والاّ فله في هذه الحالة أن يحكم بالعقوبة التعزيرية كالحبس.

ب- إذا حصلت السرقة بين الزوجين، فأقام المسروق منه الدعوى على السارق، فليس للقاضي أن يحكم بعقوبة القطع وفق قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا﴾، حتى ولو ثبتت الجريمة وتوفرت أركانها وشروطها، وذلك لوجود شبهة الحلال، لأن الزوجين هما شركاء في الحياة شركة المودة والمحبة والمساهمة في حالتي السراء والضراء، وكذلك الحكم في السرقات بين الأصول والفروع وبين الشركاء.

جـ - من تزوج امرأة زواجاً فاسداً مختلفاً فيه (أي في فساده)، كزواج المتعة وزواج الشغار وزواج الخامسة في عدة الرابعة المطلقة طلاقاً بائناً، ثم دخل بها الزوج، سواء كان عالما بالفساد أم لا، عند جمهور الفقهاء يسقط الحد ويثبت النسب، ويجب على الزوج مهر المثل وعلى الزوجة العدة، ويحكم القاضي بالتفريق بينهما.

أمّا إذا كان الزواج فاسداً فساداً متفقاً عليه، كالجمع بين الاختين، فعندئذ إن كان الدخول حصل مع الجهل بالفساد، يسقط الحد أيضا وتترتب الآثار المذكورة.

أمّا إذا كان مع العلم بالفساد، فالدخول يُعتبر جريمة الزنا عند الجمهور[1] ولا قيام للشبهة ولا تترتب الآثار المذكورة على الدخول.

---

[1] أي خلافا لابي حنيفة حيث يعتبر الشبهة موجودة في هذه الحالة ايضا لوجود العقد صورة.

٨- القاعدة (المشقة تجلب التيسير):

وتعني هذه القاعدة أن الصعوبة التي تصادف الإنسان في اي شيء، تكون سببا باعثا على تسهيل وتهوين ذلك الشيء.. وبناء على ذلك يكون العسر أو المشقة سببا للتسهيل في تشريع الأحكام، استثناءً من القواعد العامة، وهذا الاستثناء يطلق عليه لدى الاصوليين اصطلاح (استحسان) وهو مصدر من مصادر الأحكام الفقهية الشرعية، كما يطلق على المستثنى مصطلح (رخصة).

وهذا التسهيل والتغيير من الصعوبة الى السهولة لرفع المشقة اقره القرآن الكريم في ايات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿...يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...[1]﴾ .

وقوله تعالى: ﴿...مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ...[2]﴾ . وبذلك يعتبر العسر سببا من اسباب تخفيف الأحكام التي يكلف بها الإنسان وقد ارجع الفقهاء اعذار التخفيف الى سبعة وهي: العسر والاكراه والمرض، والسفر، والنسيان، والجهل والنقص المادي او المعنوي في الإنسان المكلف وهذه الامور السبعة مرجعها قاعدة (المشقة تجلب التيسير) فالمشرع اذا لم يلاحظ عند التشريع هذه الاعذار السبعة فان ذلك سيؤدي حتما الى تكليف المكلفين بما ليس في استطاعتهم.

وإن هذا النهج التعجيزي في الأحكام يرفضه الإسلام رفضا باتاً، لأن من مبدئه دوماً إبعاد العسر والمشقة في أحكامه.

وكذلك المجتهد إذا لم يأخذ بنظر الاعتبار الامور المذكورة من وسائل التخفيف في اجتهاده عند استنباطه للأحكام من أدلتها التفصيلية، فان إجتهاده هذا قد يسوقه الى استنباط أحكام تأباها أسس التشريع الإسلامي، لأن ما يوصله إليه إجتهاده قد يكون تكليفا شاقاً.

ومن الجدير بالاشارة إن قاعدة (المشقة تجلب التيسير) تتفق في مضمونها ومغزاها مع قاعدة (اذا ضاق الامر اتسع[3]).

---

[1] سورة البقرة/١٨٥.

[2] سورة المائدة/٦.

[3] المجلة، المادة(١٨) وقد وردت هذه القاعدة بتعبير (الأمر إن ضاق اتسع).

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويتفرع عن القاعدة المذكورة أحكام منها:

أ- جواز عقد الإيجار مع أنه مخالف للقواعد العامة، لأن محل العقد هو المنافع وهي معدومة حين العقد، ومن المقرر في القواعد العامة أن بيع المعدوم باطل. غير أن الاجارة جوزت بالنص رعاية لمبدأ (المشقة تجلب التيسير).

ب- من اشترى شيئاً ولم يره، كان له الخيار الى أن يراه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع، ويقال لهذا الخيار (خيار الرؤية). وسر سقوط خيار الرؤية برؤية نموذج المبيع، يعود الى أنه لو بقي الخيار الى أن يرى المشتري كل المبيع، لتوقف كثير من معاملات البيع، لاسيما في الكميات الكبيرة، وفي الحالات التي يكون فيها المال المبيع في بلد غير بلد المشتري، وأدى ذلك الى عدم استقرار المعاملات وبالتالي الى الحرج والعسر والمشقة.

جـ- جواز بيع الوفاء وهو بيع بشرط ان البائع متى رد الثمن، يردّ المشتري إليه المبيع، وهو في حكم البيع الجائز بالنظر الى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد، بالنظر إلى كون كل من الطرفين قادراً على فسخه، وفي حكم الرهن بالنظر الى أن المشتري لا يقدر على بيعه للغير[1]. وقد اقرّ المتأخرون من فقهاء الحنفية جواز هذا البيع بناء على رعاية للمشقة التي نشأت عن استدانة الناس من ذوي الثروة وعدم موافقتهم على تسليفهم بالمبلغ المطلوب دون أن يحصلوا على الفائدة وبالنظر الى تحريم الربا وبطلان العقد الربوي لجأ هؤلاء الفقهاء الى الافتاء بجواز بيع الوفاء رعاية للقاعدة المذكورة.

د- تشريع الطلاق: قال الرسول(ﷺ) (أبغض الحلال الى الله الطلاق[2]).

لقد أقر الإسلام مشروعية الطلاق، على الرغم من أنه أبغض الحلال، وذلك رعاية لمبدأ (المشقة تجلب التيسير)، والطلاق شرّ لابد منه لأسباب متعددة منها: عدم الانسجام والتباين والتنافر في طباع رغبات الزوجين، أو تدخل الأقارب في شؤونهما،

---

[1] المجلة، المادة(١٨).

[2] رواه ابو داود وابن ماجه وصححه الحاكم وأقرّه الذهبي وقال انه على شرط مسلم، سبل السلام ٢٢١/٢/.

أو حدوث الشجار والشقاق المستمر بينهما، أو سوء الحالة الاقتصادية التي هي غالباً تقف في مصاف الأسباب الرئيسة التي تؤدي إلى تقويض الحياة الزوجية أو الخيانة الزوجية. أو فارق السن، أو الاختلاف في المستوى الثقافي والمركز الاجتماعي أو ضعف الوازع الديني أو العقم، أو المرض الذي لا يُستطاع معه القيام بالواجبات الزوجية أو جهل الزوجين وعدم فهمهما للحياة الزوجية وعدم اعطائهما هذه الحياة ما تستحقه من قدسية وكرامة أو غير ذلك من مئات أسباب انهيار الكيان الزوجي، ولذلك أبيح الطلاق ليحول دون استمرار المعاناة والمشقة التي تلاقي الزوجين أو أحدهما رفعاً للعسر ودفعاً لليسر المنشود والمنصوص عليه في قوله تعالى: ﴿...يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ...[1]﴾ فلو لم يكن الطلاق حكما مباحا للزم بقاء الزوجين على ما يُكنه كلّ منهما تجاه الآخر من بغض وكراهية، ولأكلت الضغينة قلوبهما، وسعي كلّ منهما وراء ألف حيلة وحيلة للخلاص من الآخر.

٩- القاعدة (من استعجل الشيئ قبل أوانه عوقب بحرمانه)[2]

هذه القاعدة وردت بتعابير أخرى منها (من استعجل ما اخره الشرع يجازى برده) ومنها (من استعجل شيئا قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب).

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويتفرع عن هذه القاعدة أحكام فقهية فرعية منها:

أ- إذا قَتَل شخص مُوَرِّثه، سواء أكان فاعلاً اصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور، أدّت شهادته الى الحكم بالإعدام وتنفيذ عقوبة القاتل بالعقوبة المقررة لجريمة القتل أصالة، وبالحرمان من ميراث مقتوله كعقوبة تبعية، لأنه يُتهم في هذه الحالة بان القصد الذي يكنه من وراء إقدامه على هذه الجريمة هو الحصول على تركة القتيل، وهذا الحرمان ثابت بنص قوله الرسول(ﷺ) (لا يرث القاتل)،

---

[1] سورة البقرة/١٨٥.

[2] السيوطي الاشباه والنظائر ص ١٦٩ ، ابن نجيم ، للصدر السابق ١/١٩٠ المجلة للمادة (٩٩) وهذه القاعدة لدى السيوطي هكذا (من استعجل شيئا قبل اوانه عوقب بحرمانه).

ولكن أساس هذا النص والحكمة من حكمه وفلسفة تشريعية القاعدة المذكورة هي حماية أرواح الأبرياء وعدم إعطاء المجال للمجرم يستفيد من جريمته.

ب- من أوصى لآخر بمال فإن المال الموصى به تنتقل ملكيته الى الموصى له بعد وفاة الموصي. فإذا قتل الموصى له الموصي عوقب بعقوبة تبعية وهي حرمانه من الوصية، بالاضافة الى عقوبته الأصلية. وذلك لأن القتل يفسر بأنه استعجل في الحصول على الموصى به لذا عوقب بحرمانه منه.

جـ- من طلّق زوجته في مرض موته بلا رضاها وبدون تقصير منها يفسر الطلاق بأنه أراد به الزوج حرمان الزوجة من التركة ولذلك سمي (طلاق فار) وقال فقهاء الشريعة بالاجماع، إن الطلاق يقع، ولكنها ترث مع الاختلاف في سقوط هذا الحق بالنسبة للمدة التي تقع بين الطلاق وبين الوفاة.

قال الحنفية[1]، ترث اذا توفي الزوج وهي لاتزال في العدة.
وقال الحنابلة[2]، ترث مالم تتزوج فاذا تزوجت سقط حقها.
وقال الجعفرية[3]، ترث مالم تتزوج ومالم تمض سنة على الطلاق. والاسقط حقها.
وقال المالكية[4]، والاباضية[5]، ترث مطلقا لبقاء السبب وعدم سقوطه بالتقادم.
وللشافعية[6] آراء مختلفة، كل رأي يتفق مع مذهب من هذه المذاهب.

١٠- القاعدة (الاجتهاد لا ينقض بمثله)[7]:

وتعني هذه القاعدة أن الإجتهاد السابق لا تنقض أحكامه الماضية بالاجتهاد اللاحق، سواء أكان ذلك من قبل المجتهد نفسه، أم من قبل مجتهد آخر. فإذا اجتهد المجتهد في مسألة، فحكم فيها حسب ما أوصله إليه اجتهاده الصحيح، فإن حكمه

---

[1] المبسوط للسرخسي ٦/١٥٤.
[2] المغني لابن قدامة ٦/٣٣٠.
[3] الكافي للكليني ٦/١٣٢.
[4] المنتقى شرح موطا ٤/٨٥.
[5] شرح النيل وشفاء العليل ٨/١٧٦.
[6] المهذب لأبي اسحاق ٢/٥٢.
[7] السيوطي المرجع السابق ص١١٣.

هنا لا يجوز إبطاله. وذلك لأن الاجتهاد الثاني مثل الأول في القوة والحجية. ولأن جواز ابطال الاجتهاد باجتهاد آخر يؤدي الى تضعضع الأحكام واضطراب المعاملات، وعدم استقرار الحقوق، والى الحاق المشقة والاضرار بأفراد المجتمع والى جانب ذلك فان الاجماع قد انعقد على مضمون هذه القاعدة. حيث لم يصادف في عصر الصحابة ان ينقض صحابي اجتهاد صحابي آخر. فقد حكم ابو بكر في مسائل كثيرة باجتهاده وخالفه فيها عمر باجتهاده غير انه لم ينقض حكمه وكذلك الأمر بين بقية فقهاء الصحابة، كما أن واحدا منهم لم ينقض حكمه باجتهاد لاحق.

وقد وافق جميعهم على هذا النهج الفقهي في عدم نقض حكم باجتهاد آخر. ويلاحظ أن هذه القاعدة تتعلق بما يصدره القاضي من الأحكام المبنية على اجتهاده اذا كان مجتهدا أو على اجتهاد أئمته اذا كان مقلدا.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويترتب عليها أحكام كثيرة منها:

أ- لا يجوز إلغاء الأحكام الباتة التي يصدرها الحاكم من حاكم آخر، كما أنه ليس للحاكم الواحد أن يتراجع في مسألة واحدة عن حكمه السابق فيها، إلاّ إذا تبين خطأوه بدليل ثابت.

ب- يجوز للحاكم كما يجوز للمجتهد أن يحكم في مسألة ثانية مخالفا لحكمه الاول في المسألة الاولى.

جـ- ينقض الحكم المبني على اجتهاده إذا خالف نصاً صريحاً ثابتاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً، لأن كلاً من هذه الأدلة أقوى من الاجتهاد، وكذلك ينقض حكمه إذا تبيّن خطؤه كأن حكم ببيّنة مزوّرة ثمّ تبيّن ذلك.

١١- القاعدة (الخراج بالضمان):

الخراج: هو الذي يخرج من ملك الإنسان، أي ما ينتج من النتاج وما يغل من الغلات، كلبن الحيوان ونتاجه، وبدل إيجار العقار، وغَلّة الأرض وما إليها من منافع المنقولات والعقارات.

والضمان: هو التزام الشخص بالشيء عند هلاكه واعتباره كجزء من ماله، وبناءً على ذلك الضمان هو انشغال الذمة بواجب يطلب الوفاء به اذا توافرات شروطه. وقد يطلق على ما يجب أداؤه من مال تعويضاً عن مال فقده فكلّ من يضمن شيئاً على تقدير تلفه له أن ينتفع به في مقابلة ضمانه عند الهلاك والتلف فانتفاع المرء من الشيء بمقابلة ضمان ذلك الشيء فكما ان ضمانه عليه يكون نفعه راجعا اليه.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

ويترتب على هذه القاعدة احكام فقهية فرعية منها:

أ- إذا ردّ المشتري المبيع بخيار العيب وكان قد استعمله مدة، لا تلزمه أجرته، لانه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله، اي أن خسارته كانت عليه ولم يخسر البائع شيئا من جراء هذا التلف[1].

ب- اذا باع مالا بوصف مرغوب فيه فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف، يكون المشتري مخيّراً، إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى، فإذا اختار الفسخ ورد المبيع للبائع واسترد الثمن، فليس للبائع حق مطالبة المشتري برد خراج المبيع، أي منافعه ونتائجه خلال الفترة الممتدة بين قبض المبيع وبين رده، لأنه لو هلك لهلك على المشتري بصفته ضامناً له فيكون له خراج المبيع مقابل هذا الضمان.

١٢- القاعدة (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه):

اي أن ما ورد جوازه بالنص على خلاف القياس (أي على خلاف القواعد العامة) فانه يبقى مقصورا على مورده ولا يجوز أن يطبّق حكمه على شيء آخر يشبهه ما لم يرد نص بتجويز ذلك الحكم فيه.

---

[1] ابن نجيم المرجع السابق ١/١٨٢، المجلة المادة (٨٥).

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وتترتب على هذه القاعدة أحكام فرعية فقهية كثيرة منها:

أ- لا يجوز بيع ثمار الأشجار قبل ظهورها قياساً على الاستصناع، لأن الاستصناع ثبت على خلاف القياس بنص خاص به، فلا يُقاس عليه غيره.

ب- الشفعة ثبتت على خلاف القياس، لأنها تتضمن استملاك شخص ملك غيره جبراً، وهو خلاف الأصل في الشرع، ومبدأ التراضي الثابت بقوله تعالى: ﴿...لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ...[1]﴾.

ومادام الأمر كذلك، لا يقاس على الشفعة صورة أخرى من صور التملك بدون التراضي، كما لا يجوز الاعتياض عن الشفعة، لأنها حق مجرد والحقوق المجردة لا يقاس عليها[2].

١٣- القاعدة (لا ضرر ولا ضرار[3]):

هذه القاعدة ثبتت على لسان رسول الله(ﷺ) ومنطوقها: أنه لا يجوز لأحد أن يضر غيره في ماله أو بدنه أو عرضه أو سمعته. لأن ذلك ظلم والظلم قبيح عقلاً وغير جائز شرعاً وقانوناً وغير سليم منطقياً ومرفوض عرفاً، هذا هو مضمون ومنطوق (لا ضرر)، وأما المراد بـ(لا ضرار) فهو أنه لا يجوز لمن أضره أحد أن يوقع ضررا على هذا الضار مقابلة لضرره، بل عليه أن يراجع القضاء ويثبت الضرر والطرف الذي أحدثه ويطلب تعويضه العادل، بحيث يجبر النقص الذي حدث بالضرر، فعندئذ يعود التوازن الاقتصادي الى ما كان عليه، قبل إحداث الضرر، وإذا سمح لكل من يلحق به الضرر من جراء تصرفات الغير غير المشروعة، أن يقابل ضرره بإلحاق الضرر به مقابلة بالمثل، لأدّى ذلك إلى الفوضى واختلال النظام، وهذا ايضا مرفوض شرعاً وقانوناً وعقلاً وعرفاً.

---

[1] سورة النساء /٢٩

[2] منير القاضي شرح المجلة ١/٧٤ مطبعة العاني ١٩٤٩م.

[3] رواه احمد ابن ماجة سبل السلام ٣/١١٠ واصبح هذا الحديث الشريف المادة(١٩) من المجلة.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

تترتب على هذه القاعدة أحكام فرعية منها:

ا- إذا أتلف أحد مال غيره فليس لصاحب المال المتلف ان يتلف مالا لمُحدِث التلف، بل عليه أن يُراجع القضاء لتلافي ضرره بمطالبته القضائية والنظامية.

ب- إذا كان لأحد حق من حقوق الارتفاق على عقاره، فليس لصاحب العقار ان يمنعه من ممارسة هذا الحق، كحق المرور وحق المجرى وحق المسيل وحق الشرب.... لأن في ذلك الحاق الضرر والضرر دون مبرر مرفوض شرعاً وقانوناً.

١٤- القاعدة (ما حَرُم اخذه حَرُم إعطاؤه[1]):

أي إذا كان آخذ شيء حراماً ممنوعاً على الناس، فإعطاؤه حرام ممنوع أيضاً، أي أن الحرمة على كل من الآخذ والمعطى فهو ممنوع عليهما فيترتب على التصرف الممنوع الضمان بالنسبة لكل منهما من الناحية المسؤولية المدنية ويعاقب كل منها لمساهمته في الجريمة.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وتترتب على هذه القاعدة أحكام فرعية منها:-

أ- إذا أعطى أحد لآخر رشوة، فإن العقاب يترتب على الآخذ والمعطى ويسألان كلاهما مسؤولية جنائية على حد سواء.

ب- من زوّر عملة وأعطاها لآخر لتصريفها في السوق والآخذ يعرف حقيقة التزوير فان كلا منهما يستحق العقاب

١٥- القاعدة (الممتنع عادة كالممتنع حقيقة[2]):

منطوق القاعدة: ان ما كان حسب العادة من الأمور الممتنع وقوعها، فإنه يعتبر بحكم الممتنع في نفس الامر.

---

[1] المجلة المادة(٢٤).

[2] المجلة المادة(٢٨).

والواقع بحكم المستحيل وتكون العادة هي المعوّل عليها في الحكم ولا ينظر فيه الى الإمكان الفعلي.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وتتفرع عن هذه القاعدة عدة أحكام فرعية منها:

أ- لو ادّعى شخص معروف بالفقر أنه قد أقرض فلاناً مبلغاً كبيراً كذا من النقود دفعة واحدة فعلى القاضي أن يرد دعواه، لإمتناع المدّعى به عادة وكذلك ترد دعواه، إن قال آن فلاناً قد غصب من أملاكه كذا، أو من أغنامه كذا، لأن المغصوب منه معدم ولا يملك شيئا.

ب- إذا أُتهم شخص بارتكاب جريمة في مكان وزمان معينين، كأن أُتهم بأنه ارتكب جريمة كذا في محافظة بغداد مثلاً يوم ٢٥/٥/١٩٨٧، وكان المتهم في نفس اليوم خارج العراق، أو كان في محافظة أخرى، فإن إدانته بارتكاب هذه الجريمة ممتنعة عادة، وإن كانت ممكنة عقلاً، والممتنع عادة يُعتبر بمثابة الممتنع عقلاً، فعلى القاضي أن يحكم ببرائته من هذه التهمة.

١٦ – القاعدة (لا ينكر تغيّر الأحكام بتغير الازمان):

مضمون هذه القاعدة هو أن الأحكام الجزئية في الوقائع اذا كانت مبنية على العرف، أي تتعلق بتنظيم العلاقات الإنسانية من الناحية المالية أو الإدارية أو الثقافية أو الصحية أو الإقتصادية أو العسكرية أو نحو ذلك، فإن هذه الأحكام تتبدل بتبدل الأعراف ومتطلبات الحياة.

أمّا الأحكام التي تدل عليها النصوص دلالة قطعية، كما في قوله تعالى: ﴿ ...لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ...[1] ﴾، أو الأحكام الاعتقادية كالايمان بالله وما يتفرع عنه، أو الأحكام المتعلقة بالعبادات كوجوب الصلاة والصيام والزكاة والحج. او الأحكام الأخلاقية كالصدق والأمانة والإخلاص.

---

[1] النساء ١١

فإن هذه الأحكام لا تقبل التغيّر بتغيّر الأزمان، فهي ثابتة غير خاضعة لتطورات الحياة، لأنها تم اقرارها بصورة قطعية من الحكيم العليم بالماضي والحاضر والمستقبل.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

وتترتب على هذه القاعدة أحكام منها:

أ- ان بعض الفقهاء كالإمام الشافعي (رحمه الله) اشترط في شاهدي الزواج ان يكونا عدلين، اي لم يصدر عنهما ذنب من الكبائر[1] ولم يَصرا على الصغائر، وهذا الحكم ان كان ملائماً لعصر الشافعي، عصر البرّ والتقوى، فإنه لا يُمكن أن ينسجم مع زمن، يعتبر وجود العادل فيه من النوادر، ولذلك أفتى المتأخرون من فقهائه بصحة الزواج وإن كان الشاهدان فاسقين.

ب- من الأحكام التي حكم بها فقهاء التابعين لاقتضاء المصلحة العامة تسعير المواد من الطعام وغيره، بعد ان منع ذلك في عهد الرسالة، ففي المدينة المنورة غلا سعر المواد الغذائية، فقال الناس: يا رسول الله، غلا السعر في المدينة، فسعر لنا (اي احكم بتسعير المواد الغذائية الضرورية)، فقال رسول الله(ﷺ): (إن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق، إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبني مظلمة في دم ولا مال[2]).

ومنطوق هذا النص من الحديث الشريف يدل على امتناع الرسول(ﷺ) عن تحديد الاسعار، وحتى اعتبر هذا التحديد مظلمة، والسرّ في ذلك أن ارتفاع الأسعار حينئذ لم يكن لجشع التجار والباعة، وإنما كان ذلك لقلة الانتاج، فكان هذا الارتفاع مبنياً على أساس العرض والطلب، فكان الطلب أكثر من العرض.

هذا ما كان في عهد الرسالة، ولما جاء عهد التابعين تبدلت النفوس ومال الناس الى الجشع والاستغلال وطغت الماديات على المعنويات، فأخذ الناس يبيعون المواد الضرورية والحاجات الاساسية للمستهلكين بأسعار أكثر من قيمتها الحقيقية، ولذلك رأى فقهاء التابعين ومنهم سعيد بن مسيب وربيعة بن عبدالرحمن ويحيى بن سعيد

---

[1] الذنوب اما كبائر كالزنا والقتل والغيبة وخيانة الامانة والكذب، وأما من الصغائر كالنظر الى غير المحارم من الذكور والاناث وكشف العورة ونحو ذلك.

[2] ينظر نيل الاوطار ٥/٢٢ سبل السلام ٣/٢٥.

الانصاري وغيرهم، وجوب تسعير المواد، لأن تلك الظاهرة كانت ظلماً في حق المستهلكين، والظلم يجب رفعه كلما ظهر في أي عصر كان، ومن هنا تغيّر الحكم السابق في عهد الرسالة وهو عدم التسعير الى الحكم اللاحق في عهد التابعين نتيجة تغير الظروف والنفوس[١].

١٧- القاعدة (لامساغ للاجتهاد في مورد النص):

مضمون هذه القاعدة هو أنه لا يجوز للمجتهد ولا للقاضي ولا للمفتي أو المشرّع أن يجتهد في قضية شرعية ورد النص بحكمها، لأنّ الاجتهاد إنما يكون فيما لا نص فيه.

هذا ظاهر ما يفهم من القاعدة، لكن يجب أن لا يُؤخذ بهذا الاطلاق في فهم وتطبيق هذه القاعدة، وذلك لأن النصوص من حيث دلالتها على الأحكام قسمان:

أ- نصوص دلالاتها على الأحكام قطعية: مثل قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ...[٢]﴾ . ومثل قول الرسول(ﷺ) (والغنم اذا كانت لربعين الى عشرين ومائة، شاةٌ. وإذا زادت على عشرين ومائة الى مائتين، ففيها شاتان). فالنص الأول يدل على عقوبة جريمة الزنا مائة جلدة، دلالة قطعية فلا مجال للاجتهاد لتخفيف أو تشديد هذه العقوبة، كما أن النص الثاني يدل دلالة قطعية على أن كل من يملك العدد المذكور من الأغنام وحال عليه الحول، يجب أن يدفع للمستحقين شاة في العدد الاول وشاتين في العدد الثاني، كزكاة واجبة عليه. فإن هذا النص الذي دلالته قطعية، لا يوجد فيه مجال للاجتهاد.

ب- نصوص دلالاتها على الأحكام ظنية: وإذا كانت دلالة النص على الحكم دلالة ظنية بأن يحتمل أكثر من معنى واحد أو يدل على أكثر من حكم واحد، فعندئذ يجب الاجتهاد للوصول الى المعنى المقصود من النص. وعلى سبيل المثال

---

[١] ينظرمؤلفنا فلسفة الشريعة ، ص١٧٧ ومابعدها.

[٢] سورة النور ٢/

قال القرآن الكريم ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ...[1]﴾، والقرء لفظ مشترك بين الطهر والحيض، فلا يمكن أن يُراد به المعنيان معاً لأنهما متضادان، فيجب المصير إمّا إلى الأخذ بالطهر، كما قال بعض الفقهاء، أو إلى الأخذ بالحيض كما هو مذهب الفقهاء الآخرين، وكلّ وصل الى المعنى الذي أخذ به واقتنع أنه المقصود من النص عن طريق الاجتهاد.

وبعد هذا الايضاح يكون معنى القاعدة هكذا: لايجوز الاجتهاد للوصول الى حكم مسالة مادام هناك نص يدل على حكمها دلالة قطعية، أمّا اذا كانت دلالة النص ظنية فيجوز الاجتهاد بل يجب لتحديد المعنى المقصود والحكم المراد منه.

١٨- القاعدة (المعروف عرفا كالمشروط شرطا[2]):

مضمونها: أي الأمور المعتادة بين الناس والمعروفة بينهم في المعاملات، تعتبر كأنها مشروطة عند إجرائها، فإذا جرى عقد على شئ مثلا وكانت هنالك التزامات بالنسبة لطرفي العقد يفرضها العرف، فيجب تنفيذها، لأنها مادام العرف يقرها فتعتبر كأنها مشروطة صراحة في العقد.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

تترتب على هذه القاعدة أحكام، منها:

أ- إذا استعمل أحد مال غير المعدّ للاستغلال، فعليه أجر المثل، لأنّ المعروف أنّ المعدّ للاستغلال لا يُستعمل الاّ بأجرة[3].

ب- إذا باع شخص كمية من الحبوب لآخر في غير بلده، فإن كان العرف يقضي بأن اجرة النقل على المشتري ولم يتفق المتعاقدان حين انشاء العقد على ذلك، فيجب العمل بما يحدده العرف، لأنه بمثابة الشرط، فكما أن الشرط المقترن بالعقد يجب

---

[1] سورة البقرة ٢٢٨/

[2] المجلة المادة(٤٣).

[3] صبحي القاضي المرجع: السابق ١/١٠٦.

االوفاء به اذا لم يتعارض مع مقتضى العقد فكذلك يجب العمل بمقتضي العرف والوفاء بالالتزام الذي يفرضه علي أحد الطرفين من المتعاقدين.

١٩- القاعدة (اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع[1]):

مضمون هذه القاعدة هو انه اذا تعارض امران احدهما سبب يقتضى اعتبار عمل والثاني مانع يقتضى عدم اعتباره، فيرجّح المانع على المقتضي، لأن السبب لا يترتب عليه الأحكام ما لم تتوفر شروطه وتنتفى موانعه.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

يتفرع عن هذه القاعدة أحكام فرعية منها:

أ- اذا باع المدين الراهن المال المرهون المحبوس لدى الدائن المرتهن، لا ينفّذ العقد بل يكون موقوفاً على إجازة الدائن المرتهن لتعلق حقه به، ولو اعتبر نافذاً لزال الحبس الذي هو من أحكام الرهن، فملكية المدين للمرهون سبب مقتض لجواز ونفاذ التصرف فيه، وتعلق حق الدائن به مانع من نفاذه في الفقه الإسلامي، فيُقدم المانع على المقتضى.

و من الجدير بالإشارة أنّ الرّهن مانع في الفقه الإسلامي، ولكن فى القانون وفى الفقه الغربي لا يعتبر مانعاً من نفاذ التصرف.

ب- بعد الوفاة تنتقل تركة المتوفى الى ورثته عند اكثر الفقهاء. فى حالة كونها مدينة ولكن الدين مانع من نفاذ تصرفهم فى هذه التركة فقبل تسديد الديون من قبل الورثة، أو من قبل غيرهم، أو قبل إذن الدائنين، أو تنازلهم عن الدين، كل تصرّف للورثة فى التركة ينعقد، لكنه موقوف على إجازة الدائنين أو تسديد الديون منها، وملكية التركة للورثة السبب المقتضي لنفاذ تصرفهم، ولكن الدين المتعلق بالتركة مانع من نفاذه فيقدم المانع على المقتضى فاذا رفض الدائنون التصرف بطل.

---

[1] المجلة المادة(٤٦)

٢٠- القاعدة (التبرع لا يتم الا بالقبض[1]):

مضمون القاعدة: أن كل عطاء دون مقابل لا يتم نقل ملكية المتبرع به من المتبرع الى المتبرع له، الا بعد قبضه.

الأحكام المترتبة على هذه القاعدة:

و تترتب على القاعدة أحكام منها:

أ- اذا وهب شخص لآخر مالاً منقولاً، فإن الموهوب لا يصبح ملكاً للموهوب له ملكية تامة الا بعد قبضه.

ب- لو أعار شخص مالاً لآخر لا يصبح المستعير مالكاً لمنفعة المال المعار الا بعد قبضه.

ج- لو أقرض شخص مبلغا لآخر لايحق للمقترض التصرف فيه الا بعد قبضه

د- لو رهن شخصٌ مالاً منقولاً رهناً حيازياً لا يحق للدائن المرتهن بيعه لاستيفاء دينه من ثمنه بعد حلول أجله والامتناع عن الوفاء الا بعد قبضه.

ربِّ زدني علماً وألحقني بالصالحين

---

[1] المجلة المادة (٥٧).